Der Überschuss aus dem Fahrnispfanderlös (hyperocha) nach römischem, deutschem und bürgerlichem Recht.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

K. B. Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Ludwig Geiger

aus Nürnberg.

Rechtspraktikant am kgl. Amtsgericht Nürnberg.

ACAD. LAND.BAT. BIBL.

Approbiert am 25. Februar 1907.

Erlangen.

K. b. Hof- und Universitätsbuchdruckerei von Junge & Sohn.

1907.

Referent: Herr Universitätsprofessor Dr. P. Oertmann.

Meinen Eltern

als Zeichen der Liebe und Dankbarkeit.

Inhaltsübersicht.

Seite

1. Kapitel.

A. § 1. Geschichtliche Einleitung.

1. Im Anfang der Entwiklung gilt die Pfandbestellung als bedingte Ersatzleistung 1
2. Beim Verfallpfand hat der Verpfänder keinen Anspruch auf den Mehrwert . 2
3. Die Entwicklung des Anspruches auf den Mehrwert 4
4. Der Anspruch auf den Mehrwert richtet sich auf einen Geldbetrag 5
5. Bedeutung des Anspruchs auf den Mehrwert für das Pfandrecht 5

2. Kapitel.

B. Der Überschuß aus dem Fahrnispfanderlös nach römischen Recht.

§ 2. I. Das Recht auf die hyperocha bei den verschiedenen Formen des Pfandrechts:

1. fiducia 7
2. praediatura 9
3. pignus und hypotheca 12

§ 3. II. Begriff und Gegenstand der hyperocha.

1. hyperocha ist der Mehrbetrag des gezahlten Kaufpreises 14
2. Eigentumserwerb des Gläubigers am ganzen Erlös 14
3. Die Befriedigung des Pfandgläubigers erfolgt durch Aufrechnung 16

4. Juristischer Gegenstand des Überschusses ist der nicht aufgerechnete Teil der Gegenforderung des Verpfänders . . 16
5. actio pigneraticia directa auf Herausgabe der hyperocha 17
§ 4. III. Größe und Schutz der hyperocha.
1. Größe der hyperocha 18
2. Schutz der hyperocha 20
§ 5. IV. Bedeutung der Weiterverpfändung für die hyperocha.
1. Entwicklung der Weiterverpfändung . 24
2. Recht des nachstehenden Pfandgläubiger auf Herausgabe der hyperocha . . . 25
3. ius offerendi et succedendi 26
4. Aufrechnung des gesamten ex pignore gemachten Erwerbes auf die Pfandforderung 26

3. Kapitel.

C. § 6. Der Überschuß aus dem Fahrnispfanderlös nach deutschem Recht.
1. Die Zeit vor der Rezeption des römischen Rechtes.
a) Die Behandlung des Mehrwerts 27
b) Der Grundsatz „Hand wahre Hand.“ 29
c) Der Pfandverkauf 31
2. Die Zeit nach der Rezeption.
a) Die lex commissoria 31
b) Der Grundsatz „Hand wahre Hand“ 33
c) Der Pfandverkauf 36
d) Besondere Bestimmungen über die Hyperocha 37

4. Kapitel.

D. Der Überschuß aus dem Fahrnispfanderlös nach bürgerlichem Recht.
§ 7. I. Einleitung.

1. Regelung der Rechtsverhältnisse an der Hyperocha nach sachrechtlichen Grundsätzen 37
2. Der Inhalt des § 1247 beschränkt sich nicht auf die Surrogierung der Hyperocha 39

§ 8. II. Gegenstand der Hyperocha.
1. Die Hyperocha ist ein Teil des „Erlöses" im Sinne des § 1247 39
2. Begriff des Erlöses in § 1247.
a) Voraussetzungen 40
b) Gegenstand 42
3. Gegenstände der Hyperocha: Geldstücke, Kaufpreisforderung, fingiertes Kaufgeld 46

§ 9. III. Die Größe der Hyperocha.
1. Die Hyperocha ist die Differenz zwischen Pfanderlös und Pfandforderung . . . 46
a) Vorschriften hinsichtlich des Pfanderlöses 46
b) Vorschriften hinsichtlich des Pfandanspruches 47
2. Die Fälle der gänzlichen Surrogation des Pfanderlöses 48
a) Die Unrechtmäßigkeit des Pfandverkaufes 50
b) Der Verkauf durch den nachstehenden Pfandgläubiger . . 54

§ 10. IV. Die Rechtsverhältnisse an der Hyperocha
1. Die Hyperocha besteht in Geldstücken 56
a) Die Rechte des bisherigen Pfandeigentümers 56
b) Die Rechte der übrigen am Pfande dinglich Berechtigten 60
2. Die Hyperocha ist ein Teil der Kaufpreisforderung 65
a) Ersteher ist ein Dritter . . . 65
b) Ersteher ist der Pfandgläubiger bezw. der Pfandeigentümer . . 65

3. Die Hyperocha ist ein Teil des fingierten Kaufgeldes 67
a) Ersteher ist ein Dritter . . . 67
b) Ersteher ist der Pfandeigentümer 72
§ 11. V. Entstehung der Hyperocha.
1. Zeitpunkt 74
a) Der Abschluß des Kaufvertrages und die Pfandveräußerungen vollziehen sich gleichzeitig 74
b) Der dingliche Vertrag wird erst nach dem obligatorischen Vertrag geschlossen 74
2. Die Entstehung der Hyperocha erfolgt von Gesetzes wegen 77
3. Verzicht auf die Entstehung der Hyperocha 77
§ 12. VI. Geltungsbereich des § 1247.
1. Die Ausdehnung auf das gesetzliche und das Pfändungspfandrecht und auf das Pfandrecht an Rechten 77
2. Keine Ausdehnung auf das Scheinpfand 81
a) Die Ansicht von Planck . . . 82
b) Die Ansicht von Biermann und Wolf 82
c) Die rechtspolitischen Gründe für die Anwendbarkeit des § 1247 . 84
d) Eigene Meinung 85

Bücherverzeichnis.

Bachofen, Das römische Pfandrecht. 1843.

Biermann, Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches (Kommentar). 2. A. 1903.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem B.G.B. 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. A. 1903. Bd. I und II.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902. Bd. III.

Crusen und Müller, Die preußischen Ausführungsgesetze zum B.G.B. 1901.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. 1864. Bd. I und II.

Dorner und Seng, Badisches Landesprivatrecht, Ergänzungsband IV zu Dernburg, bürgerliches Recht. 1906.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. und 9. A. Bd. I und II. Erste Abteilung. 1905.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 3. A. 1903.

Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. A. 1901. Bd. II.

Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes. 1873.

Fischer und Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausg. 6. A. 1906.

Gierke, Deutsches Privatrecht. 1905. Bd II.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. 2. A. 1867. Bd. 19.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1897. Bd. II. Sachenrecht.

Hitzig, Das griechische Pfandrecht. 1895.

Jakubezky, Bemerkungen zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1892.

Kern, Entwicklung des Grundsatzes Hand wahre Hand. (Dissert.) 1881.

Kloß, Sächsische Landesprivatrecht, Ergänzungsband III zu Dernburg, Bürgerliches Recht. 1904.

Kohler, Pfandrechtliche Forschungen. 1882.
Kraut, Grundriß zum deutschen Privatrecht.
Kuhlenbeck, Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1900. Bd. I.
Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen.
Leonhard, Aufrechnung gegen eine Nichtschuld. Arch. f. bürgerl. R. Bd. 21. 1902. S. 171 ff.
Männer, Sachenrecht. 2. A. 1907.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. A. 1900. Bd. 2.
Meibom, Das deutsche Pfandrecht. 1867.
Meili, Institutionen der vergleichenden Rechtswissenschaft. 1898.
H. Meyer, Entwertung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht. 1902.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. 1888. Bd. III. Sachenrecht.
Mugdan Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899. Bd. III.
Wilh. Müller, Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts. 1907.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. A. 1905. Bd. I.
Oertmann, Die Fiducia im römischen Privatrecht. 1890.
Das Pfandrecht an eigener Schuld. Arch. f. zivil. Pr. Bd. 81. 1893. S. 61 ff.
Die Frage der Bereicherungshaftung des Vollstreckungsgläubigers bei Pfändung fremder Sachen. Arch. f. zivil. Pr. Bd. 96. 1905. S. 1 ff.
Das Recht der Schuldverhältnisse (Kommentar). 2. A. 1906.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz (Kommentar). 3. A. Bd. III. Sachenrecht.
Puchta, Institutionen des römischen Rechts. 10. A. 1893. Bd. II.
Das Recht, Zeitschrifft, 10. Jahrgang.
Reichsgericht, Entscheidung in Zivilsachen. Bd. 57. Nr. 80, S. 358 und B. 13. Nr. 43, S. 17.
Richter, Dissertatio de hyperocha. Jena. 1668. 1757.
Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte. 3. A. 1898.
Sörgel, Rechtsprechung 1906.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. Bd. III Sachenrecht, 2. A. 1903; Bd. II Recht der Schuldverhältnisse 2. A. 1903.

Stobbe (Lehmann), Handbuch des deutschen Privatrechts. 3 A 1897. Bd. II. 2.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 1900. Bd. I.

Unger, Handbuch des im Herzogtum Sachsen-Meiningen geltenden partikulären Privatrechtes. 1889. Bd. I.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. A. 1876 Bd. I.

Warnkönig, Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrecht. Arch. f. zivil Pr. Bd. 25.

Windscheid (Kipp), Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. A. 1906. Bd. I und II.

Wolff, Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache. Festgabe für Hübler. Berlin 1905.

1. Kapitel.

A. Geschichtliche Einleitung.

§ 1.

Das Pfandrecht ist die weitaus wichtigste Form des Realkredits und als solche dazu bestimmt, im Wege des dinglichen Rechtes einem Gläubiger „materielle Garantien“ [1]) für die Erfüllung einer erst künftig fällig werdenden Schuld zu bieten. Der Grundgedanke, auf welchem sich das Pfandrecht hiebei aufbaut, hat im Laufe der Geschichte desselben eine prinzipielle Änderung erfahren, welche für den Überschuß aus dem Pfanderlös von ausschlaggebender Bedeutung ist.

1. Im Anfang der Entwicklung steht die Pfandbestellung allenthalben einer bedingten Ersatzleistung des Schuldners an den Gläubiger gleich. Die verpfändete Sache wird „als Äquivalent der geschuldeten Leistung“ [2])[3]) betrachtet, welches dazu bestimmt ist, für den Fall der Nichterfüllung an deren Stelle zu treten. Entsprechend diesem Zweck der Pfandsache, unter bestimmten Voraussetzungen als Befriedigungsmittel zu dienen, gestaltete sich auch die juristische Konstruktion des Pfandrechts. Der Verpfänder räumte

---

[1]) Dernburg, Pfandrecht Bd. I S. 1. — [2]) Meimbom, Pfandrecht S. 264. — Hitzig S. 131.

im Pfandvertrag dem Gläubiger nicht ein vom Eigentum verschiedenes Recht an der Sache ein, sondern übertrug jenes Eigentum selbst, so zwar, daß die Erfüllung der geschuldeten Leistung für den Eigentumsübergang entweder als auflösende oder als aufschiebende Bedingung (Verfallpfand) wirkte oder auch nur eine obligatorische Verpflichtung des Gläubigers zur Herausgabe begründete (fiducia). Eine Folge des Ersatzzweckes der Pfandsache ist es, daß deren Wert in dem Zeitpunkt, wo der Gläubiger das Eigentum als ein unbedingtes erwirbt, für dessen Rechtsverhältnis zum Schuldner ohne Einfluß ist; es besteht weder hinsichtlich des Wertes, um welchen die verfallene Sache die geschuldete Leistung überragt, noch hinsichtlich desjenigen, um welchen sie hinter derselben zurückbleibt, für den Gläubiger bezw. für den Schuldner eine Ersatzpflicht. Wegen des Eigentumüberganges ist, besonders wenn derselbe unter auflösender Bedingung erfolgt, die Grenze zwischen Verfallpfand und Kauf auf Rückkauf in manchen Fällen nur schwer zu ziehen[1]).

2. Das Verfallpfand kann als die für den Anfang einer Rechtsentwicklung typische Form des Pfandrechts bezeichnet werden. Es erscheint im römischen Recht als fiducia, als hypotheca oder pignus in Verbindung mit der lex commissoria, im deutschen Recht als Satzung des älteren Rechtes[2]), im griechischen Recht als ὑποθήκη[3]). Der Umstand, daß beim Verfallpfand die Pfandsache im Falle der Nichterfüllung als Ersatz der geschuldeten Leistung betrachtet wurde, machte

---

[1]) Vgl. Meibom S. 265, 266 u. 273; Hitzig S. 3. — [2]) Vgl. Meibom S. 264; Gierke II S. 959, 961, 962. — [3]) Hitzig S. 87.

den Abschluß des Pfandvertrages zu einem wirtschaftlich selbstständigen Geschäft, welches nicht bloß die Sicherstellung einer Forderung bezweckte, sondern ebenso wie ein Kauf für die Kontrahenten Gewinn und Verlust bringen konnte[1]). Es liegt in den Voraussetzungen des Kreditvertrages, daß der Kreditgeber gegenüber dem Kreditnehmer der wirtschaftlich stärkere Teil ist, und deshalb wird man wohl für die meisten Fälle annehmen dürfen, daß dementsprechend auch die Gewinnchance des Verfallpfandes ausschließlich auf seinen Vorteil abgestellt wurde, indem die Pfandsache fast immer gegenüber der Forderung einen beträchtlichen Mehrwert enthalten haben wird. Die Härte, welche ein solcher Pfandvertrag für den Schuldner hatte, mag in alter Zeit um so weniger empfunden worden sein, als „die Bevorzugung des Besitzenden, des Kreditgebers ja auch sonst das hervorstechendste Merkmal alten Schuldrechts ist“[2]) und der Verfall des Mehrwerts als Vertragsstrafe für die Nichterfüllung der versprochenen Leistung betrachtet wurde[3]. Nur in einzelnen Fällen, wo der Wert der verpfändeten Sache unverhältnismäßig höher war, mag sich der Schuldner anfänglich einen Ersatz des Wertüberschusses des verfallenden Pfandes ausbedungen haben[4]), bis dann allmählich unter der Entwicklung eines größeren Handelsverkehrs und dem Hervortreten sozialer Gesichtspunkte der Anspruch des Schuldners auf den Mehrwert allgemeine Anerkennung fand, und dessen Verfall an den Gläubiger besonderer Vereinbarung bedurfte[5]). Bezeichnend ist, daß die Ersatzpflicht des Mehrwertes im griechischen

[1]) Meibom S. 330. — [2]) Oertmann, Fiducia S. 64. — [3]) Dernburg II S. 274. — [4]) v. Amira I S. 205, II S. 234. — [5]) Als Beispiel Hitzig S. 87—92.

Recht für das durch private Pfändung des Gläubigers entstandene Pfandrecht früher anerkannt wurde als für das Vertragspfand, weil dem Gläubiger die Wahl der Exekutionsobjekte dort allein zusteht, während dieselben hier durch Vereinbarung mit dem Schuldner bestimmt werden[1]), und ferner daß im deutschen Recht die Pfändung, welche unter Mitwirkung des Grafen und der Rachimburgen erfolgte, dem Gläubiger sofort das Eigentum an den gepfändeten Sachen verschaffte, während derselbe außerdem nur ein Pfandrecht erlangte[2]). In beiden Fällen sollte die Möglichkeit ausgeschlossen werden, daß der Gläubiger zu wertvolle Gegenstände als Verfallpfänder auswähle.

3. Die Voraussetzung für den Ersatz des Mehrwertes bildet die Feststellung des Gesamtwertes des Pfandes, welche im Interesse der beiden Parteien in möglichst objektiver Weise erfolgen soll. Als Mittel hiefür erscheint der Verkauf durch den Gläubiger und ausnahmsweise auch die Schätzung durch dritte, bezw. obrigkeitliche Personen[3]). Durch diese Funktion des Pfandverkaufes, den Wert der Sache zu erweisen, steht derselbe im innigsten Zusammenhang mit dem Anspruch des Verpfänders auf den Wertüberschuß, so daß er geschichtlich — vom Standpunkt des Gläubigers aus — nicht so sehr ein Recht, als vielmehr eine Pflicht für diesen darstellt, ohne deren Erfüllung er seine Befriedigung nicht zu erlangen vermag.

Den Abschluß der Entwicklung des Rechtes auf den Wertüberschuß stellt das Verbot des Verfallpfandes dar, durch welches jener Anspruch des Verpfänders

---

[1]) Hitzig S. 100. — [2]) Schröder S. 368 bei Anm. 75. — [3]) Meibom S. 96; Hitzig S. 90.

zu einem im voraus unverzichtbaren gemacht wird. Für das römische Recht ist hiefür maßgebend das Edikt Kaiser Konstantins vom Jahre 320, wodurch unter ausdrücklicher Betonung der Härte des Verfallpfandes die lex commissoria verboten wird. Durch Aufnahme in die Partikularrechte gelangte das Verbot der Verfallklausel auch im deutschen Rechte zur Anerkennung[1]).

4. Die Folge dieser Veräußerungspflicht des Pfandgläubigers ist, daß ein Pfandrecht nur in solchen Fällen bestellt werden kann, wo sowohl die pfandgesicherte Leistung als auch die Pfandsache in geldwerten Gegenständen bestehen[2]), und ferner, daß als Wert der Pfandsache bei Abschluß des Pfandvertrages nur noch deren Tauschwert in Anschlag kommt. Der Wertüberschuß des Pfandes stellt sich beim Verkaufspfand, vorausgesetzt, daß durch die vorgenommene Veräußerung die Sache nicht verschleudert wird, als Überschuß des Pfanderlöses über die pfandgesicherte Forderung dar, und der Anspruch des Verpfänders geht deshalb immer auf eine Geldsumme; das gleiche gilt bei der Schätzung. Eine Ausnahme erwähnt Hitzig[3]): Im Notstandgesetz von Ephesus (84 v. Chr.) wurde zur Regelung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach Beendigung des Krieges die Auseinandersetzung zwischen Schuldner und Pfandgläubiger durch Naturalteilung der verpfändeten Grundstücke herbeigeführt, offenbar um in der ungünstigen Zeit nach dem Kriege den Verkauf zu Gunsten der Schuldner zu vermeiden.

5. Die allgemeine Anerkennung des dem Verpfänder

---

[1]) Gierke Bd. II S. 968. — [2]) Exner S. 20. — [3]) S. 90.

zustehenden Rechtes auf den Mehrwert des Pfandes ist für das Pfandrecht sowohl theoretisch wie praktisch von größter Bedeutung. Das Pfandrecht wird dadurch von der Idee der Ersatzleistung völlig losgelöst und ganz und gar auf dem Gedanken des Sicherungszweckes aufgebaut. Das Recht des Gläubigers ist jetzt nicht mehr darauf gerichtet, durch das Pfand, sondern aus dem Pfand befriedigt zu werden. Für das Verfallpfand ist der Wert der geschuldeten Leistung nur beim Abschluß des Pfandvertrages von Bedeutung, insofern er die Wahl der zu verpfändenden Sache bestimmt, während er nachher nicht mehr in Betracht kommt. Das gilt auch dann, wenn der Verpfänder die Schuld schon teilweise abbezahlt hat[1]), denn der Pfandverfall tritt auch wegen des Restteils der Pfandforderung ein. Beim Verkaufspfand dagegen bestimmt sich der Pfandanspruch des Gläubigers bei Geltendmachung des Pfandrechts ausschließlich nach der pfandgesicherten Forderung, so daß einerseits dem Verpfänder der Mehrerlös zukommt, andererseits der Gläubiger wegen des Mindererlös Ersatz forden kann. Der Pfandvertrag ist nicht mehr ein selbständiges Erwerbsgeschäft mit der Möglichkeit eines besonderen Gewinnes für den Gläubiger oder Schuldner, sondern sein Zweck erschöpft sich in der Sicherung einer Forderung, in der „Abwendung“ [2]) des durch Nichtleistung entstehenden Schadens. Das Pfandrecht wird eine accessio des Forderungsrechtes[3]). Die praktische Folge dieser grundsätzlichen Änderung der Pfandrechtsidee ist vor allem dessen größere wirtschaftliche Brauchbarkeit. Denn

---

[1]) Dernburg I S. 16. — [2]) Dernburg II S. 191. — [3]) Dernburg I S. 515.

jetzt erst ist es auch in seiner Durchführung ein wirkliches Kreditgeschäft geworden, welches infolge des Ausschlusses anderer Ziele geeignet ist, den Handelsverkehr wirksam zu unterstützen. Als weitere Konsequenz, welche auch juristisch von größtem Interesse ist, mag die Möglichkeit der Weiterverpfändung einer Pfandsache genannt sein. Denn, wenn der Pfandanspruch des Gläubigers die Sache nur bis zu einer bestimmten Werthöhe erfaßt, kann an der Sache ein weiteres Pfandrecht bestellt werden, welches sich auf überschießenden Wertteil derselben richtet.

2. Kapitel.

Der Überschuſs aus dem Pfanderlös nach römischem Recht.

§ 2.

I. Das Recht auf die hyperocha bei den verschiedenen Formen des Pfandrechts.

1. Fiducia. Die älteste, noch dem ius civile angehörende Form des römischen Pfandrechts bildet die fiducia. Der Verpfänder übertrug in der feierlichen Form der mancipatio oder in iure cessio sein Eigentum an der haftenden Sache auf den Gläubiger, unter ausdrücklichem Vorbehalt des Rechtes auf remancipatio nach Tilgung der Schuld[1]). Die Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Bedeutsamkeit, welche dem Mehrwert der haftenden Sache bezw. dem Überschuß aus derem Erlös zukam, ist abhängig von den Wirkungen, welche die Nichterfüllung der schuldnerischen Ver-

[1]) Dernburg I S. 8.

bindlichkeit für die rechtliche Stellung des Gläubigers hatte. Entsprechend den dürftigen Mitteilungen, welche über die fiducia überliefert sind, sind die Meinungen über die Befugnisse des Fiduciars vielfach verschieden.

Nach Dernburg[1]) wurden in der älteren Zeit die Rechtsverhältnisse des Fiduciars zum Fiducianten oder zur fiducierten Sache durch eine nicht rechtzeitige Erfüllung nicht berührt; er blieb aus dem pactum fiduciae zur Rückgabe verpflichtet und erhielt kein besonderes Verkaufsrecht gegenüber der Sache. Die Beendigung dieses Zustandes erreichte er durch die Erhebung der persönlichen Klage gegen den Schuldner. Nach erfolgter Verurteilung konnte er diesen im Wege der persönlichen Exekution, durch Verkauf in die Fremde rechtlos machen und sich dadurch für immer seiner Verpflichtung zur Rückgabe, ebenso wie zum Ersatz des Mehrwertes entledigen. Erst allmählich, als unter dem steigenden Übergewicht der plebs dieser Weg immer Weniger ausführbar wurde, erschienen die lex commissoria und das pactum de vendendo als Nebenbestimmungen des pactum fiduciae. Durch das erstere wurde die ganze Sache vertragsmäßig als Ersatzleistung für die nichterfüllte Schuld bestimmt, so daß ein etwaiger Mehrwert keine Berücksichtigung fand, durch das letztere wurde der Gläubiger ermächtigt, sich aus dem Erlös in Höhe seiner Forderung zu befriedigen, so daß der überschießende Teil desselben dem Schuldner zukam. Paul. rec. sent. II. 13 § 1 debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem[2]).

Nach der Meinung von Cuiacius, Vering, Bachofen,

[1]) S. 19. — [2]) Zitiert bei Oertmann, Fiducia S. 193.

Bechmann[1]) war die lex commissoria in der fiducia ohne weiteres enthalten; „Die nicht rechtzeitige Zahlung bringt den Schuldner um alle seine Ansprüche, von einer Rückgabe des Überschusses ist niemals die Rede[2])."

Die Ansicht Oertmanns[3]) geht dahin, daß die Verkaufsbefugnis der fiducia schon von Alters her innewohnte, und vorausgesetzt, daß die Ausübung derselben nicht der Klausel des pactum fiduciae „ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione" widersprach, richtete sich der schuldnerische Anspruch nach erfolgtem Verkauf nur auf den etwaigen Mehrerlös.

Eine entscheidende Stellungnahme für eine der mitgeteilten Auffassungen scheint bei der Lückenhaftigkeit des Quellenmaterials nicht angebracht. Aus der Vergleichung mit der Entwicklung des Pfandrechts anderer Rechtsgemeinschaften dürfte aber der Schluß gerechtfertigt sein, daß auch die fiducia in ihrer ersten Entwicklung Verfallpfand war und erst später der Anspruch auf den Überschuß durch Anerkennung einer Verkaufspflicht des Gläubigers hinzu trat.

2. Praediatura[4]). Als zweites ebenfalls bereits dem älteren römischen Recht angehörendes Pfandrechtsgebilde erwähnt Dernburg[5]) die praediatura. Die hauptsächlichsten Eigentümlichkeiten derselben bestanden darin, daß sie ausschließlich zur Sicherung der Vertragsforderungen des römischen Staates und der Munizipien

---

[1]) Zitiert bei Oertmann, Fiducia S. 203,4. — [2]) Bachofen S. 3. — [3]) Fiducia S. 196 u. 193. — [4]) Obwohl dieselbe eine lediglich auf Grundstücke beschränkte Pfandrechtsform ist, soll sie im folgenden doch erwähnt werden, da sie eine bemerkenswerte Übergangsstufe in der Entwicklung der hyperocha zeigt. — [5]) I S. 26 ff.

bestimmt war, daß nur Grundstücke, welche im quiritischen Eigentum standen, als geeignetes Pfandobjekt in Betracht kamen, und besonders, daß in ihr „das Pfandrecht sich von der Anlehnung an das Eigentum emanzipierte“, und das Verkaufsrecht des Gläubigers als der vornehmlichste Inhalt des Pfandrechts betrachtet wurde[1]). Der Schuldner, welcher sich gegenüber dem Staat zu einer Leistung verpflichtet hatte, mußte zur Sicherung der versprochenen Leistung Grundstücke als Pfand stellen. Der Staat konnte dieselben im Falle der Nichterfüllung nach eingetretener Fälligkeit ohne weiteres verkaufen, ohne daß eine denuntiatio an den Schuldner hätte vorausgehen brauchen.

Über das Schicksal des Mehrbetrages des Erlöses ist in den sehr spärlichen Quellenstellen nichts bemerkt. Dernburg[2]) nimmt an, daß derselbe wenigstens in der früheren Zeit dem Fiskus anheim fiel. Als besonderer Grund, welcher für diese Meinung spricht, könnte es angesehen werden, daß das dem Verfallpfand von Anfang an innewohnende strafrechtliche Moment bei der praediatura dadurch eine ganz besondere Bedeutung erlangen würde, daß die Verwaltungstätigkeit des römischen Staates, wie Dernburg[3]) ausführt, in ausgedehntem Maße auf Grund von obligatorischen Verträgen durch Private ausgeübt wurde und eine ungenügende Erfüllung der übernommenen Pflichten in den meisten Fällen das Wohlergehen des römischen Staates unmittelbar beeinflußte. Der Gleichartigkeit wegen darf wohl auf § 329 des deutschen Strafgesetzbuches verwiesen werden.

---

[1]) Dernburg I S. 41. — [2]) I S. 37. — [3]) I S. 27.

Wenn schon die Annahme des Verfalles eines etwaigen Überschusses an den Staat bei der praediatura begründet zu sein scheint, so ergeben sich doch gegen dieselbe unter Berücksichtigung des der praediatura innewohnenden Verkaufsrechtes mancherlei Bedenken. In Konsequenz der angeführten Ansicht Dernburgs würde die Bedeutung desselben nicht so sehr darin liegen, die Höhe des Befriedigungsanspruches, welcher dem Staat gegenüber den verpfändeten Grundstücken zusteht, festzustellen, da ihm ja von vornherein der ganze Erlös ohne Rücksicht auf den eventuellen Überschuß zufallen wird, als vielmehr lediglich darin, ob und wie weit der Staat aus den verpfändeten Grundstücken nicht befriedigt wird und er deshalb gegen die persönlich haftenden praedes, Bürgen Regreß nehmen kann[1]). In gleicher Weise nimmt auch Hitzig[2]) an, daß die Einräumung des Verkaufrechtes bei der ὑποθήκη ganz einseitig im Interesse des Gläubigers die Ermittelung des ἐλλεῖπον bezweckte, nicht aber zugleich als Verkaufspflicht im Interesse des Verpfänders zur Ermittellung der hyperocha zu betrachten sei.

Wie weit diese Ansicht über die Bedeutung des Verkaufrechtes auch für die praediatura zutrifft, kann bei den überaus spärlichen Quellenangaben wohl kaum beantwortet werden. Für jeden Fall wird man angesichts der durchaus einseitigen Bevorzugung der Gläubigerinteressen, welche die im Verfallpfand fast immer enthaltene Ungerechtigkeit bei weitem noch übersteigt, annehmen dürfen, daß ein derartiger Rechtszustand, lediglich als Entwicklungsstadium zu betrachten sei.

---

[1]) Dernburg I S. 33. — [2]) S. 87.

Da der Sicherungszweck des Pfandrechts den Ersatzzweck nur erst zur Hälfte verdrängt hatte[1]), mag die Pflicht zur Erstattung der hyperocha bei der praediatura schon bald neben das Verkaufsrecht des Staates getreten sein. Auch Dernburg nimmt in Analogie zu l. 45. § 12. D. 49. 14. wenigstens für die Kaiserzeit einen Anspruch des Verpfänders auf den Überschuß an[2]).

3. Pignus und hypotheca. Ebenso wie bei der fiducia geht beim pignus und bei der hypotheca der Anspruch des Schuldners auf die hyperocha Hand in Hand mit dem Verkaufsrecht des Gläubigers: In seiner ursprünglichen Gestalt gewährte das römische Besitzpfand dem Gläubiger nur einen mehr tatsächlichen Schutz, indem sich dieser durch die Vorenthaltung der verpfändeten Sache bis zur Erfüllung der schuldnerischen Verpflichtung eine gewisse Sicherheit für deren Vollzug verschaffte. Das pignus war auf jener Entwicklungsstufe noch kein eigentliches Pfandrecht im Sinne der modernen Rechtssprache, da es dem Gläubiger eine Befriedigung aus der Substanz der Pfandsache noch nicht gestattete. Die Entstehung einer hyperocha ist deshalb ausgeschlossen. Erst später als das durch formlosen Vertrag im pignus und der hypotheca bestellte Pfandrecht sich immer mehr zu wirksamen Stützen für den entstehenden Handelsverkehr ausbildete, wurde dem Gläubiger bei Abschluß des Pfandvertrages das Verkaufsrecht durch besondere Verabredung eingeräumt. In der späteren Kaiserzeit wurde es dann zum untrennbaren Bestandteil der Pfandrechtbefugnis, so daß Paulus l. 9. D XX. 5 von einer ex necessitate facta venditio sprechen konnte[3]).

[1]) Hitzig S. 88. — [2]) I S. 37. — [3]) Dernburg I S. 45 u. 85.

Gleichzeitig mit dem Verkaufsrecht des Gläubigers gelangte auch der Anspruch des Verpfänders auf die hyperocha zur Anerkennung. Eine Übergangszeit, in welcher das erstere ohne das letztere bestand, wird für das pignus oder die hypotheca nicht angenommen. Im entgegengesetzten Sinne entscheidet — wie bereits oben S. 11 bemerkt wurde, — Hitzig für die hypotheca des griechischen Rechts, indem er dieselbe entgegen der vorwiegenden Meinung (nach Hitzig[1]) Meier-Schömann-Lipsius, Platner und auch Dernburg[2]) bis in die Zeit des Notstandgesetzes von Ephesus (84 v. Chr.) als Verfallpfand betrachtet, bei welchem zwar der Gläubiger ein Recht auf Ersatz des durch den Pfanderlös nicht gedeckten Teiles der Forderung, nicht aber der Verpfänder einen Anspruch auf Herausgabe des Überschusses aus dem Pfanderlös hatte[3]).

Eine zweite Möglichkeit der Befriedigung des Gläubigers aus der Pfandsache bot sich in der Bestellung des pignus bezw. der hypotheca als Verfallpfand, welche, wenn Dernburgs Ansicht zutrifft[4]), kaum weniger häufig war, als die Ermächtigung zum Pfandverkauf. Dem Gläubiger sollte im Falle nicht rechtzeitiger Erfüllung das Pfand ohne Rücksicht auf dessen etwaigen Mehrwert zufallen. Daß die lex commissoria durch ein Edikt Kaiser Konstantins verboten, und damit die Rückerstattungspflicht des Gläubigers in Ansehung der hyperocha als ius cogens erklärt wurde, ist bereits oben § 1 erwähnt worden.

---

[1]) S. 85. — [2]) I S. 76. — [3]) Hitzig S. 87, 88, 91, 94. — [4]) II S. 273.

§ 3.

II. Begriff und Gegenstand der hyperocha.

1. Mit hyperocha oder superfluum pretii bezeichnen die Quellen[1]) den Überschuß des vom Pfandkäufer gezahlten Kaufpreises über den Betrag der pfandgesicherten Forderung des Gläubigers; hervorzuheben ist vor allem, daß als hyperocha nicht auch die Forderung auf den noch ausstehenden Kaufpreis zu verstehen ist, so weit dieselbe das debitum des Pfandschuldners überragt. Als Folge davon ergibt sich einerseits, daß der Pfandgläubiger vor erfolgter Barzahlung des Kaufpreises von Seiten des Pfandkäufers dem Verpfänder gegenüber nicht zur Entrichtung der Summe verpflichtet ist, um welche die Forderung auf den Kaufpreis die pfandgesicherte Forderung übersteigt, Ulpian l. 24. § 2. D 13. 7, andererseits auch, daß der Gläubiger vom Verpfänder nicht verlangen darf, den überschießenden Teil der Kaufpreisforderung als hyperocha anzunehmen l. 42. D. 13. 7[2]). Im engem Zusammenhang mit dieser Auffassung steht l. 9. D. 20. 5, wo ausdrücklich festgestellt wird, daß nicht schon die durch den Pfandverkauf entstandene Kaufpreisforderung, sondern erst die Barzahlung des Kaufgeldes die Befriedigung des Gläubigers im Gefolge habe, daß also nicht schon die Kaufpreisforderung des Gläubigers als Pfandbefriedigungsmittel zu betrachten sei.

2. Mit der Übergabe des Kaufpreises von seiten des Käufers erwirbt der Gläubiger an den Geldstücken Eigentum, ohne Rücksicht auf den Betrag seiner

---

[1]) l. 24 § 2; l. 6 § 1; l. 42 D. 13, 7; l. 20 D. 20, 4. — [2]) Nach Dernburg II S. 217, 1.

Forderung, entsprechend dem Satze Papians l. 42. D. 13. 7, daß er im Pfandverkauf sein eigenes Geschäft, suum negotium, vornehme[1]). Von Bedeutung ist es hierbei, daß dieser Eigentumserwerb sich ohne Rücksicht auf den etwaigen Mangel des Pfandrechtes auf seiten des Gläubigers oder des Eigentums auf seiten des Verpfänders vollzieht, wenn schon der Gläubiger, so weit er dem Käufer für Eviktion der Pfandsache haftet, den Kaufpreis nachträglich an diesen zurückgeben muß: Außer in den durch besondere Vereinbarung bestimmten Fällen besteht eine solche Haftung des Gläubigers nur, wenn er arglistig verkauft, l. 11. § 16. D. 19. 1, oder wenn die Tatsachen, auf welche er sein Pfandrecht stützt, objektiv unwahr sind oder wenn ihm ein anderes Pfandrecht vor geht, l. 1. C. 8. 46[2]).

Mit der Bestimmung der Eviktionshaftung des Gläubigers sind für das römische Recht auch die Grenzen festgelegt, innerhalb deren das Entstehen der hyperocha juristisch möglich ist. Denn in all den genannten Fällen, wo der Gläubiger zur Rückzahlung des Kaufpreises verpflichtet ist, ist die Tilgung der Pfandforderung nur eine „scheinbare"; die letztere lebt wieder auf, sobald der Kaufpreis restituiert wird und ein Pfanderlös nicht mehr vorhanden ist.

In allen anderen Fällen, wo dem Käufer die Sache evinziert wird, — also besonders auch, wenn der Verpfänder eine ihm nicht gehörige Sache verpfändet und der Gläubiger ohne Haftung für Eviktion verkauft hat, l. 12. § 1. D. 20. 5 — geht sein Anspruch nicht

[1]) Exner S. 40; Windscheid-Kipp S. 1204, 4. — [2]) Windscheid-Kipp I S. 1203; Dernburg II, 178—180; Reichsgericht Bd. 13 S. 183.

gegen den Gläubiger, sondern gegen den Verpfänder, dessen Schuld aus dem Kaufpreis getilgt wurde, und der die hyperocha erhalten hat. Die Konstruktion dieser Bereicherungsklage war streitig).

3. Die Tilgung der Pfandforderung und die Befriedigung des Pfandgläubigers knüpft sich aber nicht ohne weiteres schon an den Empfang der Kaufpreissumme, sondern es bedarf hierzu noch einer besonderen Aufrechnung[2]). In der Praxis war zwar nicht ein besonderer Aufrechnungsakt notwendig, sondern man betrachtete die Aufrechnung als stillschweigend beim Empfang des Kaufpreises vollzogen. Hat der Gläubiger aber ein berechtigtes Interesse, das Pfandrecht und die pfandgesicherte Forderung noch zu erhalten, so kann er auch mit der Vornahme der Aufrechnung zögern, so daß es also einen Zeitraum geben kann, wo zwar das Pfandrecht schon erloschen, der Pfandgläubiger aber noch nicht befriedigt ist[3]). Man ging bei dieser Konstruktion von dem Gedanken aus, daß der Empfang des Kaufgeldes für den Verpfänder zunächst eine Bereicherung darstelle, welche der Verpfänder mit der actio pigneraticia directa zurückfordern könne. Durch Aufrechnung dieser Gegenforderung des Verpfänders gegen die Pfandforderung wurde die letztere getilgt. Derjenige Teil der Gegenforderung, welcher durch die Aufrechnung nicht getroffen wurde, umfaßte die hyperocha.

4. Die Folge dieser Konstruktion ist, daß juristisch

---

[1]) Vgl. Leonhard S. 215; Oertmann, Arch. für zivil. Pr. Bd. 96 S. 1 ff.; Dernburg II 193 ff., 206. — [2] Vgl. den Sprachgebrauch der Quellen: l. 12 § 2, D. 20, 1 secum pensare; l. 10 C. 4, 10 in debitum computare; l. 101. § 1. D. 46. 3 in acceptum referre. — [3]) Exner S. 46; Dernburg II S. 205/6.

nicht die als Kaufpreis bezahlten Geldstücke, sondern die Gegenforderung, welche nach Ausbezahlung des Kaufgeldes gegenüber dem Pfandgläubiger für den Verpfänder entstanden ist, als Mittel zur Herbeiführung der Gläubigerbefriedigung zu betrachten ist. Überschüssig im juristischen Sinn wird demnach nicht ein Teil des gezahlten Kaufpreises, sondern ein Teil der Gegenforderung des Verpfänders. Das römische Recht kennt also keinen Überschuß aus dem Pfanderlös im eigentlichen Sinn des Wortes, da der Kaufpreis ohne Rücksicht auf die Höhe des Pfandanspruches in das Eigentum des Gläubigers fällt, und die Gegenforderung des Verpfänders nicht als Erlös aus dem Pfandverkauf bezeichnet werden kann. Der Überschuß aus dem Pfandverkauf besteht im römischen Recht vielmehr in dem Überschuß aus der Gegenforderung, welche für den Verpfänder als Ersatz an die Stelle des nicht erhaltenen Kaufpreises tritt, so daß hyperocha oder superfluum pretii im Sprachgebrauch der Quellen nicht einen juristischen, sondern einen wirtschaftlichen Begriff bezeichnet.

5. Aus dem Eigentumserwerb des Gläubigers am ganzen Erlös ergibt sich, daß die Rückgabe der hyperocha vom Verpfänder nicht mit einer dinglichen, sondern nur mit einer persönlichen Klage durchgesetzt werden kann. Das römische Recht betrachtete die Pflicht zur Herausgabe der hyperocha als wesentlichen Inhalt des contractus pigneraticius, welcher zur Regelung der persönlichen Verbindlichkeiten zwischen Pfandgeber und -nehmer als zugleich mit der Pfandbestellung geschlossen betrachtet wurde. Die Klage, welche dem Verpfänder aus diesem Vertrag zustand, hieß actio pigneraticia directa. Bei der fiducia ergab

sich die Rückgabepflicht aus dem pactum fiduciae auf Grund der gleichnamigen actio[1]). Gegenüber der Forderung des Verpfänders auf Herausgabe der hyperocha kann der Gläubiger gegebenenfalls ein Retentionsrecht geltend machen, so — in Analogie zu einen Ausspruch des Pomponius l. 8. § 1. D. 13. 7[2]), — wenn der Gläubiger dem Käufer einer Vereinbarung gemäß für etwaige Eviktion haftet, bis ihm der Verpfänder für die eventuelle Inanspruchnahme Sicherheit geleistet hat. Ebenso besteht nach der wohl richtigen Ansicht Dernburgs[3]) gegen Glück[4]) ein Recht zur Zurückbehaltung, wenn eine Forderung in verschiedenen Terminen fällig wird und wegen Nichtbezahlung der ersten Rate der Pfandverkauf vorgenommen wurde.

§ 4.

III. Gröfse und Schutz der hyperocha.

1. Obschon die Bestimmung der Höhe der hyperocha, als der Differenz zwischen der Pfandforderung und dem Pfanderlös grundsätzlich keine Schwierigkeiten bietet, so konnte die Größe der hyperocha für das römische Recht im konkreten Falle sehr zweifelhaft sein; denn es bestand einerseits Streit über den Umfang sowohl der Pfandsache selbst, z. B. über die Zugehörigkeit der sogenannten „Akzessorien[5])“, als auch über den Umfang des Erwerbes, den der Pfandgläubiger auf Grund des Pfandvertrages macht[6]), und andererseits war auch die Ausdehnung des Pfandanspruches z. B. auf Zinsen und Vertragsstrafen[7]) zweifel-

[1]) Oertmann, Fiducia S. 193. — [2]) Dernburg II S. 219. — [3]) II S. 119/120. — [4]) Bd. 19 S. 383. — [5]) Dernburg I S. 432. — [6]) Dernburg I S. 142. — [7]) Dernburg I S. 550

haft. Die Bedeutung einer Kontroverse über das Pfandobjekt oder über die Pfandschuld für den Pfandüberschuß bedarf keiner Erörterung. Die Bedeutung des vom Pfandgläubiger gemachten Erwerbes folgt daraus, daß der Gläubiger allen „ex pignore“ gemachten Gewinn dem Verpfänder auf Grund des contractus pigneraticius herauszugeben bezw. auf die Pfandschuld anzurechnen hatte. Dies gilt, abgesehen natürlich vom Pfanderlös, vor allem von den gezogenen Früchten, von der arrha poenitentialis, welche infolge des Rücktritts des Käufers dem Gläubiger verfiel, ferner auch von dem Reugeld, welches der Käufer für die Rückgängigmachung des Kaufes bezahlte (andere Fälle bei Dernburg[1]). Zweifelhaft war auch die Rückgabepflicht hinsichtlich der Abfindungssumme, um derentwillen der Gläubiger zugunsten eines anderen Gläubigers oder eines dritten Besitzers auf sein Pfandrecht verzichtete, ebenso die Rückgabepflicht hinsichtlich der Diebstahlsstrafe, welche der Entwender dem Gläubiger zu zahlen hatte. In Anbetracht der weitausgedehnten Restitutionspflicht der Quellen wird man dieselbe wohl auch hier bejahen dürfen[2]), entgegengesetzt unter andern auch Richter[3]). In denjenigen Fällen, in welchen die Restitutionspflicht anerkannt wird, wird die Pfandforderung vermindert und die hyperocha dadurch erhöht. Der gesamte Erwerb, den der Gläubiger auf Grund des Pfandrechtsverhältnisses macht, geht aber in sein Vermögen über und wird einheitlich vom Verpfänder mit der actio pigneraticia gefordert. Deshalb ist die Unterscheidung, ob der ex pignore gemachte Erwerb infolge vorhergehender

---

[1]) I S. 143. — [2]) Dernburg I S. 143 ff. — [3]) S. 32.

Aufrechnung in der Erhöhung der hyperocho zur Geltung kommt, oder ob statt dessen der ganze Pfanderlös gegen die Pfandschuld aufgerechnet wird und der Gläubiger dem Verpfänder den andern ex pignore gemachten Erwerb herausgibt, für das römische Recht nur dann von Bedeutung, wenn an der verkauften Sache mehrere Pfandrechte bestanden, welche auf die hyperocha Anspruch erheben (siehe unten § 5. 2). Das gleiche gilt von einer Schadensersatzerforderung des Verpfänders gegen den Gläubiger aus dem contractus pugneraticius.

2. Da das Recht des Verpfänders auf die hyperocha sich im römischen Recht als eine persönliche Forderung auf eine Geldsumme darstellt, so ist das gemeinsame Ziehl aller Vorschriften, welche den Schutz der hyperocha anstreben, den Betrag dieser Forderung möglichst zu erhöhen. Je nachdem sie vor dem Pfandverkauf den Schutz des Mehrwertes, oder nach Vollzug des Pfandverkaufes den Schutz der hyperocha bezwecken, kann man sie in zwei verschiedene Gruppen teilen.

Zu den ersteren gehört vor allem die Vorschrift Ulpians l. 13 § 1 D 13. 7., daß der Besitzpfandgläubiger wie ein Kommodator für die Erhaltung der Pfandsache verpflichtet sei, also die Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters zu beobachten habe. Deshalb haftet er nicht nur für eine Wertminderung, sondern auch für eine unterlassene Wertsteigerung [1]). Die Gefahr für zufälligen Untergang der Pfandsache trägt nach l. 13 § 1 D. 13, 7; l. 6 C. 4, 24 der Verpfänder. Das gleiche gilt nach Oertmann [2]) und nach Dernburg [3])

[1]) Vgl. Dernburg I S. 151. — [2]) Fiducia S. 180. — [3]) I S. 14.

auch bei der fiducia trotz des hier stattfindenden Eigentumserwerbes des Gläubiger; anders z. B. Wächter[1]), wonach bei der fiducia dem Schuldner nur hinsichtlich des untergegangenen Mehrwertes die Gefahr zufällt[2]). Beim Pfandverkauf hat der Gläubiger ebenfalls die Sorgfalt eines diligens pater zu prästieren. l. 13 § 1, l. 14 und l. 22 § 4 D. 13, 7. Handelt der Gläubiger vorsätzlich in einer pflichtwidrigen Weise und ist dies dem Käufer bekannt, so kann sich der Verpfänder im Falle der Insolvenz des Gläubigers auch an den Käufer halten, l. 4 C. 8, 30[3]). Vor allem ist der Gläubiger zur Erzielung des höchstmöglichen Kaufpreises verpflichtet[4]); das gleiche gilt nach Oertmann[5]) für die fiducia. Erweist sich die Beitreibung des Kaufpreises als unausführbar, so haftet der Gläubiger für die Uneinbringlichkeit insoweit, als ihn hiefür, sei es infolge des Verkaufes an einen insolventen Gläubiger, sei es infolge nicht rechtzeitiger Beitreibung, eine Schuld trifft. Bemerkenswert ist, daß diese Haftung auch dann noch dauert, wenn dem Verpfänder die Forderung auf die hyperocha vom Gläubiger abgetreten war, l. 24 § 2 D. 13, 7[6]). Eine Einschränkung erfährt die Sorgfaltspflicht des Gläubigers nur, soweit sich eine solche aus der Natur der Pfandberechtigung ergibt: der Gläubiger ist nicht verpflichtet in einem Widerstreit seines eigenen Interesses mit demjenigen des Verpfänders dem letzteren den Vorzug zu geben, und zwar selbst dann nicht, wenn die Berücksichtigung seines eigenen Vorteils dem Verpfänder unverhältnis-

[1]) Zitiert bei Oertmann S. 178. — [2]) Ähnlich für das deutsche Recht Gierke II S. 959 Anm. 17, 19. — [3]) Windscheid-Kipp I § 237, 3. — [4]) Dernburg II S. 145. — [5]) Oertmann, Fiducia S. 194. — [6]) Dernburg II S. 217/8; Oertmann S. 193.

mäßigen Schaden bringt. Denn das Pfandrecht ist eine Einschränkung eines fremden Eigentumsrechtes und zwar ausschließlich zugunsten des Dritten. Dies gilt besonders, wenn es sich darum handelt, den Zeitpunkt für die Vornahme des Pfandverkaufs zu bestimmen. Der Gläubiger ist hiebei völlig unbeschränkt, und selbst ein Verkauf unter ganz ungünstigen Umständen begründet für ihn keine Schadensersatzpflicht. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn er absichtlich zum Nachteil des Verpfänders handelt; so Pomponius in l. 6 D. 13, 7 gegen Atilicinus, welch letzterer unter bestimmten Voraussetzungen eine Verkaufspflicht für den Gläubiger annimmt. Doch gibt Pomponius dem Verpfänder als Ersatz das Recht, zum Zwecke der Ausnützung einer günstigen Konjunktur das Pfand an Stelle des Gläubigers zu verkaufen und sein Interesse an der Erlangung einer möglichst hohen hyperocha zur Geltung zu bringen[1]). Gleichzeitig konnte der Eigentümer dadurch auch verhüten, daß der Gläubiger durch Unterlassung des Pfandverkaufs den Mehrwert der Pfandsache nach eingetretener Fälligkeit seiner Verfügung vorenthielt.

Über die Bedeutung, welche dem Verbot der lex commissoria für den Schutz des Mehrwerts zukommt, ist bereits oben in § 1 gesprochen worden.

Zu denjenigen Vorschriften, welche den Schutz der bereits entstandenen hyperocha bezwecken, gehört die Bestimmung, daß der Gläubiger bis zur Herausgabe der hyperocha die Gefahr für deren zufälligen Untergang trägt. Diese Haftung des Gläubigers ist eine Folge seines Eigentumserwerbes am ganzen Er-

[1]) Dernburg I S. 153, II S. 145; Windscheid-Kipp I S. 1204.

lös. Daraus, daß der Gläubiger zwar nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt sei, das empfangene Geld in specie herauszugeben, leitet Dernburg[1]) eine Beschränkung der Haftung auf verschuldeten Untergang für diejenigen Fälle ab, wo der Gläubiger die erhaltene hyperocha nachweislich gesondert aufbewahrte. Die damit aufgeworfene Frage ist wohl eine Analogie zu der Streitfrage des römischen Rechts, ob bei einer Bereicherung, welche auf dem Eigentumserwerb an einer Quantität vertretbarer Sachen beruht, die Verpflichtung des Erwerbers auf Leistung einer gleichen Quantität oder auf Leistung der erlangten „Sachindividuen" gerichtet ist. Die herrschende Meinung entschied sich, — soweit Geld in betracht kam, wohl mit Recht — in Rücksicht auf l. 7, l. 19 § 2 D. 12, 6 für die Leistung der Quantität, so daß also besonders auch der schuldlose Wegfall der Bereicherung, zu deren Herausgabe sich der Bereicherte verpflichtet wußte, vom Schuldner zu vertreten war[2]). Per arg. a minore ad maius ist wohl zu folgern, daß die Annahme einer facultas alternativa zu Gunsten des Pfandgläubigers, wobei die Leistung der individuellen Sachen zwar nicht in „obligatione", wohl aber in solutione[3]) ist, ohne besondere gesetzliche Bestimmung auch für die hyperocha ausgeschlossen ist. Gerät der Gläubiger nach Empfang des Kaufpreises in Konkurs, so steht der Verpfänder hinsichtlich der hyperocha einem gewöhnlichen Konkursgläubiger gleich, ohne daß ihm ein Aussonderungsrecht zukäme. Hat der Gläubiger

---

[1]) II, 219. — [2]) So auch Dernburg, Pandekten II S. 382 c und Anm. 28; verneinend Windscheid-Kipp II S. 887 Anm. 3. — [3]) Vgl. Windscheid-Kipp V S. 27 Anm. 5 a.

die hyperocha verzinslich ausgeliehen oder ist er mit deren Rückgabe im Verzug, so ist er dem Verpfänder gegenüber verpflichtet, sie zum landesüblichen Zinsfuß zu verzinsen, l. 6 § 1, l. 7 D. 13, 7[1]).

§ 5.

IV. Die Bedeutung der Weiterverpfändung für die hyperocha.

1. Wie bereits oben in § 1 erwähnt wurde, bildet das Recht des Verpfänders auf die hyperocha die materielle Grundlage für die Weiterverpfändung einer bereits pfandbelasteten Sache. Daraus mag es sich erklären, daß sowohl das griechische und römische, wie das deutsche Recht damit beginnt, das nachstehende Pfandrecht an der hyperocha zu bestellen, sei es daß dasselbe von Anfang an nicht die Pfandsache selbst, sondern die Forderung auf die künftig entstehende hyperocha zum Gegenstand hatte, so im griechischen[2]) und römischen Recht[3]), sei es, daß es an der Pfandsache, so weit deren Wert die vorgehende Pfandforderung überstieg, bestand, so im deutschen Recht (in residuo valore)[4]). Nach Bachofen[5]) und Vangerow[6]) wurde auch bereits im älteren römischen Recht das nachstehende Pfandrecht an der Pfandsache selbst bestellt, konnte aber dem besseren Pfandgläubiger gegenüber nicht ausgeübt werden. Doch scheint diese Meinung angesichts der Stelle des Gaius in l. 15 § 2 D. 20, 1 nicht begründet zu sein. Man wird deshalb mit Dernburg annehmen dürfen, daß der Verpfänder dem nachfolgenden Gläubiger zuerst die

[1]) Dernburg II, 221/2. — [2]) Hitzig S. 125 bei Anm. 4 — [3]) Dernburg II S. 479. — [4]) Stobbe-Lehmann II, 2 S. 133 Anm. 11. — [5]) Bd. I S. 487. — [6]) Bd. I S. 885.

actio pigneraticia verpfändete, woran sich dann später eine bedingte Verpfändung der Sache selbst anschloß, nämlich für den Fall, daß das erste Pfandrecht, ohne geltend gemacht zu werden, erlischt. Diesen Stand der Entwicklung stellt noch Gaius in der angegebenen lex als den zeitgenössischen dar. Erst in späterer Zeit gelangte man dazu, die mehreren Pfandrechte als gleichzeitig an der Pfandsache bestehend anzuerkennen. Die praktische Bedeutung der angegebenen Kontroverse liegt darin, daß nach Bachofen und Vangerow der nachstehende Gläubiger auch schon im älteren Rechte die actio hypothecaria hatte.

In Konsequenz seiner Ansicht nimmt Dernburg[1]) auch für die fiducia ungeachtet des Eigentumserwerbes des Pfandgläubigers die Möglichkeit der Weiterpfändung an, indem auch hier die actio fiduciae, mit welcher der Verpfänder die hyperocha herausverlangte, Gegenstand des zweiten Pfandrechts geworden sei, verneinend Puchta[1]). In Rücksicht darauf, daß die Bestellung des Pfandrechts an einer Forderung dem späteren römischen Rechte angehörte, wird man die Weiterverpfändung einer fiducierten Sache höchstens erst für die Zeit der klassischen Jurisprudenz annehmen dürfen. Eine gänzliche Ablehnung scheint aber nicht gerechtfertigt zu sein, da grundsätzliche Gründe nicht entgegenstehen.

2. Das Recht des nachstehenden Pfandgläubigers beschränkt sich darauf, vom verkaufenden Erstgläubiger die Herausgabe der hyperocha zu verlangen. Zu seinen Gunsten ist die Aufrechnung anderer Forderungen des Erstgläubigers gegen den Verpfänder auf den Erlös ausgeschlossen, l. 12 § 5 D. 20, 4. Die actio,

[1]) Bd. II S. 251.

mit welcher der Nachhypothekar die Herausgabe der hyperocha vom Erstgläubiger erzwingen könnte, war für das gemeine Recht streitig. Entsprechend der oben angenommenen Entwicklung der Weiterverpfändung wird man dem Gläubiger nicht mit Cuiarius eine actio hypothecaria utilis, sondern die actio pigneraticia directa des Verpfänders zusprechen müssen, deren Mitverpfändung im späteren römischen Rechte neben der Verpfändung der Pfandsache mit Dernburg[1]) als stillschweigend geschehen anzunehmen ist. Die Anzeige des Verpfänders an den Erstgläubiger über die Bestellung eines zweiten Pfandrechtes ist als Anzeige der Zession etwaiger Ansprüche auf die hyperocha zu betrachten. Gleichzeitig mit der Forderung auf diese steht dem Nachhypothekar auch ein eventueller Schadensersatzanspruch des Verpfänders gegen den Gläubiger zu, wenn der letztere seine Pflicht hinsichtlich der hyperocha verletzt.

3. Da der Erstgläubiger auch dem Nachhypothekar gegenüber nicht verpflichtet ist, bei Ausübung seiner Pfandbefugnis fremde Interessen zu berücksichtigen, so ist diesem im ius offerendi et succedendi Gelegenheit gegeben, durch Abfindung des vorgehenden Gläubigers an dessen Stelle zu treten und beim Pfandverkauf auch das Interesse des zweiten Pfandrechts zu wahren.

4. In § 4 wurde bereits dargelegt, daß es für die Höhe der hyperocha von wesentlicher Bedeutung sei, ob der anderweitig ex pignore vom Gläubiger erlangte Erwerb und eine etwaige Schadensersatzforderung, wo dem Pfandverkauf gegen die Pfandforderung auf-

---

[1]) II S. 488/9.

gerechnet sei. Da das Recht der nachstehenden Pfandgläubiger darauf gerichtet ist, die hyperocha zu verlangen, so ergibt sich daraus als selbstverständliche Folge, daß deren Interesse auf eine möglichste Ausdehnung der Aufrechnung gerichtet ist. Man wird annehmen dürfen, daß diese Aufrechnung nicht von der Willkür des Gläubigers oder des Verpfänders abhängig ist, sondern daß sich dieselbe ebenso wie beim Pfanderlös von selbst vollzieht; denn dieser ex pignore gemachte Gewinn ist als Pfandbefriedigungsmittel zu betrachten, den der Gläubiger auf die Pfandforderung aufrechnen darf und im Interesse des Nachhypothekars auch aufrechnen muß. Dies wird auch dann gelten, wenn zur Zeit des Pfandverkaufes der Gewinn ex pignore für den Gläubiger noch aussteht, z. B. der Mietzins für die vom Gläubiger vermietete Pfandsache noch nicht bezahlt ist. Es scheint unbillig, den Umfang der dem Nachhypothekar zufallenden hyperocha von der zufällig vor oder nach dem Pfandverkauf folgenden Zahlung des Drittschuldners abhängig zu machen, um so mehr als diese Zahlung von den Beteiligten auch doloserweise verschoben werden könnte.

3. Kapitel.

C. Der Überschufs aus dem Fahrnispfanderlös nach deutschem Recht.

§ 6.

1. Die Zeit vor der Rezeption des römischen Rechtes.

a) Es ist bereits oben in der Einleitung § 1 darauf hingewiesen worden, daß sich das Pfandrecht

durch „Abzweigung aus dem Eigentum“ zu einem selbständigen Rechtsinstitut entwickelt hat. Während aber das römische Recht durch die Entwicklung des pignus und der hypotheca sich mehr und mehr von dem ursprünglichen Inhalt der Pfandrechtsbestellung entfernte, ist dieser im deutschen Rechte für den endgültigen Ausbau des Pfandrechts in weit höherem Maße von Bedeutung geblieben. Denn hier weist nicht nur das Verfallpfand, sondern vor allem das Prinzip der reinen Sachhaftung auf jene Zeiten zurück, wo die bedingte Übereigung als eine interimistische datio in solutum[1]) für das bestehende Schuldverhältnis betrachtet wurde.

Die Verdrängung des reinen Verfallpfandes, als der gesetzlichen Form der Gläubigerbefriedigung fand nach Meibom[2]) schon frühzeitig statt, indem der Grundsatz aufgenommen wurde, daß der Gläubiger nur einen seiner Forderung entsprechenden Wert erhalten sollte. Die Feststellung dieses Wertes erfolgte regelmäßig durch Verkauf und ausnahmsweise auch durch Abschätzung, wenn mangels einer passenden Verkaufsgelegenheit eine gerichtliche Übereignung vorgenommen wurde[3]). Entsprechend dem Prinzip der reinen Sachhaftung fand eine Differenz zwischen dem Erlös bezw. der Schätzungssumme und der Pfandforderung nur dann Berücksichtigung, wenn sie sich als Überschuß des Erlöses bezw. des Schätzungswertes darstellte; diesen hatte der Gläubiger an den Eigentümer herauszubezahlen. Dagegen konnte der letztere nicht zur

[1]) Stobbe Bd. II, 2 S. 312. — [2]) S. 92. — [3]) Vgl. Rechtsbuch n. Dist. III, 14 d, 6; Meibom S. 96; Stobbe S. 313 Anm. 31; Gierke S. 961 Anm. 27 und 30.

Nachzahlung eines eventuellen Mindererlöses angehalten werden[1]). Eine solche korrespondierende Verpflichtung bestand für den Eigentümer nur dann, wenn er dieselben besonders „gelobt“ hatte[2]). Eine bemerkenswerte Ausnahme galt nach dem Freiberger Stadtrecht[3]), wo der Gläubiger wie beim Verfallpfand den Mehrwert behielt, während er entgegen der reinen Sachhaftung den Ersatz des Minderwertes beanspruchen konnte.

b) Durch den im deutschen Recht geltenden Grundsatz „Hand wahre Hand“ war die Möglichkeit gegeben, daß auch ein Nichteigentümer an einer Sache ein gültiges Pfandrecht bestellen konnte, wenn er nur die Gewere an derselben mit dem Willen des Eigentümers erlangt hatte. Daß der Pfandgläubiger beim Erwerb in gutem Glauben sei, war hierbei nicht erforderlich[4]). War die Sache dem Eigentümer aber gestohlen oder von ihm verloren, also ohne seinen Willen in den Besitz des andern gelangt, so war die Pfandrechtsbestellung des letzteren unwirksam. Eine Ausnahme bestand auf Grund besonderer königlicher Privilegien für die Juden, welche auch bei Verpfändung gestohlener oder verlorener Sachen den Lösungsanspruch hatten[5]). Für die vorliegende Abhandlung wird diese Regelung des deutschen Rechtes insofern von Bedeutung, als in allen den Fällen, wo der Gläubiger ein Pfandrecht erlangte, der Anspruch des Eigentümers nicht auf Herausgabe der Pfandsache,

---

[1]) Rechtsb. n. Dist. III, 14 d, 3; 17 d, 15; Goslaer Stat. 67 z. 27; bei Gierke S. 960 Anm. 22. — [2]) Rechtsb. n. Dist. III, 17 d, 16; Gierke S. 957 Anm. 10 u. 11. — [3]) c. 1 § 40 bei Gierke S. 957. — [4]) Sachsenspiegel II Art. 60 § 1; vgl. Gierke S. 558 Anm. 30 und S. 956 Anm. 7. — [5]) Meyer S. 236.

sondern nur auf Auszahlung der event. Hyperocha gerichtet war. Das Anwendungsgebiet der Rechtssätze über den Pfandüberschuß ist dadurch, insbesondere gegenüber dem römischen Recht, sowohl theoretisch als auch praktisch in einem ganz beträchtlichem Maße erweitert.

Über die Anwendung des Grundsatzes „Hand wahre Hand" bei der Pfändung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache bestand im deutschen Recht vielfach Meinungsverschiedenheit. Die Mehrzahl der Quellen erachten die Klage des Eigentümers für zulässig, so[1]) die sächsische Dist. bei Pölmann V. 13. d. 6[2]). das system. Schöffenr. V. c. 4, das Bremer R. von 1303 ord. 36, das bayerische Landr. Art. 232, das Münchener Stadtr. Art. 23, und die Verdener Stat. c. 61[1]).

Einige Quellen führen auch für das Pfändungspfandrecht den Grundsatz „Hand wahre Hand" durch und unterscheiden demgemäß, ob die gepfändete fremde Sache mit Willen des Eigentümers in die Gewere des Schuldner gelangte oder nicht, so[3]) das Lübecker R. cod. II. Art. 194, das Brünner Schöffenbuch c. 95, und bei Pfändung wegen einer Erbzinsschuld auch die Freiberger Stat. I. 28.

Einen vermittelnden Standpunkt erstreben die Statuten von Bochold[4]): danach kann der Eigentümer seine Sachen, welche im Stalle des Schuldners gleichzeitig mit dessen Habe gepfändet wurden, herausverlangen; wird aber später das nämliche Gut im gleichen

[1]) Bei Gierke S. 559 Anm. 30; Kern S. 29; Laband S. 85 und 86. — [2]) Zitiert bei Kraut S. 188, 189. — [3]) Bei Laband S. 86 und 87. — [4]) Zitiert bei Laband S. 87. —

Stalle noch einmal gepfändet, so hat der Eigentümer den Herausgabeanspruch nicht mehr.

c) Für den Pfandverkauf galt im Gegensatz zum römischen Recht von Anfang an der Grundsatz der Förmlichkeit: dreimalige Aufforderung des Eigentümers durch das Gericht, die Pfandsache einzulösen, und gerichtliche Vornahme des Pfandverkaufs oder doch gerichtliche Ermächtigung hierzu, so das Lübecker Recht II. 160, III. 255, das Münchener Stadtrecht 197, der Sachsenspiegel I. Art. 53. § 3 und Art. 70. § 2[1]). In dem Bestreben, den Pfandverkauf zugunsten des Eigentümers möglichst zu vermeiden, verlangten viele Rechtsquellen auch, daß der Gläubiger vor dem Verkauf versuchen sollte, seine Befriedigung durch Weiterverpfändung der Sache zu erlangen, so Rechtsb. n. Dist. III. 14. d. 6[2]).

2. Die Zeit nach der Rezeption des römischen Rechtes.

a) Die Rezeption des römischen Rechtes hatte eine durchgreifende Änderung der Grundgedanken des deutschen Pfandrechts zur Folge: so wurde allenthalben das Prinzip der reinen Sachhaftung aufgegeben und das Pfandrecht zu einem der Forderung gegenüber akzessorischen Rechte des Gläubigers umgestaltet. Derselbe konnte jetzt vom Eigentümer Ersatz des Minderwertes beanspruchen, ebenso wie bei zufälligem Untergang der Pfandsache seine Forderung voll geltend machen. Vor allem aber brachte das neue Recht das gesetzliche Verbot des Verfallpfandes und machte damit den Anspruch des Eigentümers auf den Mehrwert zu einem unverzichtbaren.

---

[1]) Vgl. Gierke S. 961 Anm. 27 und Meibom S. 338 ff. — [2]) Vgl. auch Kohler S. 16 mit zahlreichen Quellenangaben.

Ein teilweises Verbot der lex commissoria brachte die Reichspolizeiordnung vom Jahre 1577. Hier werden allgemein für das ganze Reich alle von Juden geschlossenen Verfallverträge für nichtig erklärt, der obrigkeitliche Pfandverkauf geboten, und die Herausgabe der Hyperocha in allen Fällen zur Pflicht gemacht[1]). Der Grund dieser Sondervorschrift ist leicht erkennbar: Man wollte einem wucherischen Mißbrauch der lex commissoria bei Geschäften, welche von Juden geschlossen wurden, vorbeugen, da diese Gefahr hier am meisten befürchtet wurde.

Eine Reihe von Partikulargesetzen dieser Periode nahm ein allgemeines Verbot des Verfallpfandes auf, so die Statuten der Stadt Worms vom Jahre 1498, das württembergische Landrecht vom Jahre 1585, die Hamburger Statuten vom Jahre 1604, eine kursächsische Verordnung vom Jahre 1609, und das Landrecht der Fürstentümer Baden und Hochberg[2]).

Auch in den neueren Gesetzgebungen fand das Verbot der Verfallklausel allgemeine Anerkennung: so im preuß. Landr. I. 20. § 33, österr. Gesetzbuch § 1371, sächs. Gesetzbuch § 383, Schweizer Obligationenr. Art. 222, code civil Art. 2078[3]).

Eine Ausnahme von diesem allgemeinen Verbot der lex commissoria bestand in einzelnen Partikularrechten für geringwertige Pfandgegenstände. So nach der bis 1. Januar 1900 in Kraft gebliebenen Meininger Verordnung vom 12. September 1771 § 11. Danach soll ein Faustpfand für eine Schuld bis zu 3 Reichstalern, welches trotz zweimaliger Mahnung

---

[1]) Text der Vorschrift bei Warnkönig S. 429. — [2]) Weitere Quellen bei Warnkönig S. 435 ff. — [3]) Bei Stobbe S. 332 Anm. 73.

binnen einem halben Jahr von der Fälligkeit an nicht eingelöst wird, dem Gläubiger verfallen, vgl. Unger[1]).

Hier mag auch der im gemeinen Recht viel erörterten Frage gedacht sein, ob die lex commissoria infolge eines vom Verpfänder geleisteten Eides Gültigkeit erlangt[2]). Nach den allgemeinen Grundsätzen des kanonischen Rechtes entsteht aus einem solchen Eid für den Schwörenden die Verpflichtung, dem Gläubiger die Pfandsache zu belassen. In einer speziellen Vorschrift des corpus iuris canonici c. 7. X. de pignor. (3. 21) bestimmt Papst Innozenz III., daß der Schuldner ausnahmsweise nicht an seinen Eid gebunden sein soll, wenn ihn für den Verzug kein Verschulden trifft. Das gleiche gilt, wenn der Verfallvertrag sich als ein wucherisches Geschäft darstellt. In diesem Sinne entscheidet insbes. Vangerow[3]), entgegengesetzt wird die Frage von Glück[4]) und Dernburg[5]) beantwortet.

b) Der deutschrechtliche Grundsatz „Hand wahre Hand“ wurde auch in den neueren Gesetzen aufgenommen, allerdings mit der Einschränkung, daß nur mehr der redliche Pfandgläubiger ein Pfandrecht, bezw. ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Einlösung, erlangen soll, so[6]) das preuß. Landr. I. 20. § 80, das österr. Gesetzbuch § 456, das Schweizer Obligationenr. Art. 206. 223.

Die im Mittelalter den Juden gewährte Privilegierung hat das bayerische Ausführungsgesetz zum B.G.B. in Art. 91 zugunsten der öffentlichen Pfandleihanstalten

---

[1]) Bd. I § 64, I, 3. — [2]) Vgl. über die Frage bes. Warnkönig, Archiv für zivil. Pr. Bd. 25 S. 226 ff. mit umfangreichen Literaturangaben. — [3]) Bd. 2 § 383, 4. — [4]) Bd. 14 S. 93. — [5]) Bd. II § 124, 3. — [6]) Bei Stobbe II, 2 S. 324 Anm. 38. —

aufrecht erhalten[1]). Danach sind dieselben berechtigt, Sachen, an welchen sie nach den Vorschriften des § 935. I und der §§ 1207, 1208 des B.G.B. ein Pfandrecht nicht erwerben, dem Eigentümer nur gegen Bezahlung des auf die Sache gewährten Darlehns samt Zinsen herauszugeben. Wird die Sache vom Eigentümer nicht eingelöst, so kann sich die Pfandleihanstalt gemäß Art. 91. 2 und § 1003 B.G.B. aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf befriedigen. Der Anspruch des Eigentümers beschränkt sich dann auf die Herausgabe des Überschusses. Das gleiche gilt nach Art. 91. 1, wenn die Pfandverleihanstalt zwar ein Pfandrecht erwirbt, dasselbe aber auf Grund der Vorschriften der §§ 935. I. 1207 und 1208 B.G.B. dem Rechte eines Dritten an der gleichen Sache im Range nachsteht. Die Herausgabe kann von diesem Dritten nur gegen Bezahlung des Darlehens verlangt werden, eventuell wird die Sache von der Pfandleihanstalt verkauft und der Dritte erhält den Überschuß.

Für die neueren Gesetzgebungen: preuß. Landr., code civil, Z.P.O. ältere Fassung[2]) wurde der Grundsatz „Hand wahre Hand“ für das Pfändungspfandrecht nicht mehr anerkannt, und bei Pfändung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache die Entstehung eines gültigen Pfandrechts nicht angenommen. Ob der pfändende Gläubiger hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse an der Sache sich in gutem oder schlechtem Glauben befand, kam nicht in Betracht. Der Eigentümer, der gegen die Pfändung Widerspruch erheben

---

[1]) Auf Grund des Vorbehalts in Art. 94, II des E.G. z B.G.B. — [2]) Vgl. zum folgenden Oertmann, Arch. f. z. Pr. Bd. 96 S. 6ff.

wollte, mußte eine besondere Klage, die sog. Interventionsklage erheben[1]). Dieses Recht stand ihm aber nur bis zur Veräußerung der Pfandsache zu, da durch den Pfandverkauf auch im Falle der Unwirksamkeit des geltend gemachten Pfandrechts das Eigentum auf den Ersteher überging. Die Frage, ob der pfändende Gläubiger sich aus dem Erlös befriedigen dürfe und nur die Hyperocha an den Eigentümer herauszugeben habe, oder ob dieser nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung den ganzen Erlös beanspruchen könne, bildet den Gegenstand eines auch im geltenden Recht nicht ausgetragenen Streites. Die herrschende Meinung entschied sich sowohl für das Gebiet des preußischen Landrechts, wie des gemeinen Rechts für Herausgabe des ganzen Erlöses[2]). Die gleiche Meinung wurde für den code civil vertreten[3]), unter Berufung auf Art. 1131.

Von Anfang an fand aber auch die entgegengesetzte Ansicht, welche dem Eigentümer nur die Hyperocha zuwies, zahlreiche Anhängerschaft, so für das gemeine Recht, insbes. das Reichsgericht, Entscheidungen B. 13. Nr. 43. S. 182. Unter Berufung auf § 720 Z.P.O. und l. 19 § 1. D. 12. 1; l. 17, l. 94 § 2. D. 46. 3 wird dort ausgeführt, daß ein Gläubiger, dem sein Schuldner mit fremden Geldstücken Zahlung geleistet hat, dem Eigentümer derselben solange nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung haftbar ist, als er die Geldstücke besitzt; hat er sie aber gutgläubig konsumiert, so ist die Forderung erloschen und somit für den Gläubiger eine Bereicherung

---

[1]) Vgl. C.P.O. älterer Fassung § 690. — [2]) Über die reiche Literatur s. Oertmann a. a. O. — [3]) v. Franz, zitiert bei Oertmann.

nicht mehr vorhanden. Dagegen ist jetzt der Schuldner bereichert, da seine Schuld aus fremdem Vermögen getilgt wurde.

c) Hinsichtlich der Vorschriften über die Form des Pfandverkaufes weisen die neueren Gesetzgebungen eine große Mannigfaltigkeit auf. Im allgemeinen sind zugunsten des Eigentümers die deutschrechtlichen Grundsätze maßgebend geblieben. Einzelne Partikulargesetze, wie[1]) das preuß. Landr. I. 20. § 197, das österr. Gesetzbuch § 461, das württemb. Pfandgesetz Art. 254 verlangen den gerichtlichen Verkauf des Pfandes, während andere Gesetze sich mit dem Erfordernis einer gerichtlichen Verkaufsermächtigung begnügen, so[2]) der code civil Art. 2078 und das bayer. Landr. II. 6. § 12. Nr. 3. Der code civil Art. 2078 geht im Schutze der Eigentümerinteressen weiter und erklärte selbst die ausdrückliche Vereinbarung, daß der Gläubiger ohne gerichtliches Verfahren verkaufen dürfe, für ungültig. Endlich lassen einige Gesetze den Pfandverkauf zwar ohne gerichtliches Verfahren zu, verlangen aber im Interesse des Eigentümers öffentliche Versteigerung des Pfandes, so[4]) das sächs. Gesetzbuch § 480 das hannov. Pfandgesetz § 47, das oldenburg. Gesetz Art. 21, und vor allem das alte H.G.B. Art. 310 und das B.G.B. § 1235. Für die Pfandleihanstalten und öffentlichen Kreditanstalten galt vielfach die Begünstigung, daß sie ihre Pfänder ohne gerichtliche Ermächtigung verkaufen durften, so nach dem sächs. Gesetzbuch § 480, dem braunschw. Ges. § 7, und dem hannov. Pfandges. § 47[3]).

[1]) Bei Gierke S. 958 Anm. 65, 66 und 67. — [2]) Gierke S. 969 Anm. 70. — [3]) Bei Stobbe Bd. II, 2 S. 334.

d) Auf Grund des Vorbehalts in Art. 94, I des E.G. z. B.G.B. sind einige Bestimmungen deutscher Landesgesetze in Kraft geblieben, in denen für gewerbliche Pfandleiher und Pfandleihanstalten besondere Vorschriften über die Hyperocha enthalten sind: Nach dem preuß. Gesetz vom 17. März 1881[1]) § 15 hat der Pfandleiher den Überschuß des Erlöses bei der Ortsarmenkasse zu hinterlegen, wenn derselbe nicht innerhalb 14 Tagen nach dem Pfandverkauf vom Eigentümer abgeholt wird. Wird der Betrag hier nicht binnen Jahresfrist in Anspruch genommen, so geht er in das Eigentum der Ortsarmenkasse über. Das gleiche gilt nach dem sächs. Gesetz vom 21. April 1882 § 10[2]). Für Baden schreibt eine Verordnung vom 20. März 1900 in § 14a lediglich die Hinterlegung des Überschusses vor, wenn derselbe 14 Tage nach dem Pfandverkauf noch nicht abgeholt ist[3]).

4. Kapitel.

D. Der Überschuſs aus dem Fahrnispfanderlös nach bürgerlichem Recht.

§ 7.

I. Einleitung.

1. Im Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht ordnet das bürgerliche Gesetzbuch die Rechtsverhältnisse am Überschuß aus dem Pfanderlös auf sachenrechtlicher Grundlage: Nach § 1247 B.G.B. tritt

---

[1]) Bei Crusen u. Müller S. 834. — [2]) Vgl. Kloß S. 274. — [3]) Vgl. Dorner u. Seng S. 616.

der Erlös aus dem Pfande, soweit er dem Pfandgläubiger nicht zu seiner Befriedigung gebührt, an die Stelle des Pfandes. Anstatt mit dem römischen Recht dem Gläubiger in allen Fällen den Erwerb des Erlöses zu gewähren, und den Pfandeigentümer wegen der Hyperocha auf eine persönliche Forderung zu verweisen, läßt das B.G.B. den Erlös nur soweit in das Vermögen des Gläubiger fallen, als er ihm auf Grund seines Pfandanspruches zukommt. Der überschießende Teil tritt ipso iure in die bisherige Rechtsstellung des Pfandes ein, ohne daß der befriedigte Gläubiger irgendein dingliches Recht an demselben erlangt. Das Gesetz trennt also den Gesamterlös juristisch in zwei zahlenmäßig von einander abgegrenzte Teile, von welchen ein jeder besonderen rechtlichen Schicksalen unterworfen wird. Der Mehrerlös fällt als Pfandsurrogat ohne weiteres in das Vollrecht des bisher am Pfandgegenstand Vollberechtigten und ist belastet mit den beschränkten dinglichen Rechten, welche bisher am Pfande bestanden und durch den Verkauf gemäß § 1242, II B.G.B. erloschen sind. Hiezu gehört auch das geltend gemachte Pfandrecht, wenn der Gläubiger infolge einer erst teilweisen Fälligkeit seiner Forderung erst teilweise befriedigt wurde.

Für das Wesen des Pfandrechts bildet die Einführung des Teilungsprinzips die nachdrücklichste Betonung des Zweckmomentes der Pfandberechtigung. Der Gesetzgeber hat dadurch zwischen den beiden extrem einander gegenüberstehenden Möglichkeiten einen „Mittelweg“ beschritten, durch welchen er einerseits zugunsten des Pfandgläubigers die Surrogierung des ganzen Erlöses, andererseits zugunsten des Pfandeigentümers den Eigentumserwerb des Pfandgläubigers

am ganzen Erlös umgehen konnte[1]). Der praktische Vorzug dieser Vorschrift zeigt sich vor allem darin, daß das Recht des Pfandeigentümers auf den Mehrerlös den denkbar besten Schutz genießt, ohne daß gleichzeitig die Rechtsstellung des Pfandgläubigers eine Einbuße erleiden würde.

2. Der Inhalt des § 1247 beschränkt sich jedoch nicht auf die Regelung der Hyperocha: In bestimmten Fällen, welche in anderem Zusammenhang näher behandelt werden sollen, „gebührt" dem betreibenden Pfandgläubiger der gesamte Erlös nicht und er tritt deshalb in seinem ganzen Umfange nach § 1247, 2 an die Stelle des Pfandes. Die Verneinung des Gebührens hat zur Folge, daß der Gläubiger aus den Erlös nicht befriedigt wird, und ein Überschuß aus dem Pfanderlös kommt nicht zustande. Für die vorliegende Abhandlung sind diese Fälle nur von negativer Bedeutung, indem sie die Möglichkeit der Entstehung einer Hyperocha im B.G.B. grundsätzlich abgrenzen.

§ 8.

II. Gegenstand der hyperocha.

1. Die Aufnahme des Surrogationsgrundsatzes für die Hyperocha hat zur Folge, daß juristischer Gegenstand derselben ein Teil des Erlöses selbst ist, und nicht wie im römischen Recht der Restteil der Gegenforderung, welche der Pfandeigentümer wegen des Eigentumserwerbes des Pfandgläubigers am Gesamterlös erlangt. Hinsichtlich des Gegenstandes der Hyperocha ergibt sich deshalb, daß alles, was im

[1]) Vgl. Motive Bd. III S. 833.

Sinne des § 1247 Erlös aus dem Pfande sein kann, geeignet ist, auch juristisch Hyperocha zu werden, da diese immer nur einen Teil des ersteren darstellt. Wegen dieser Identität ist es daher für die Feststellung der Gegenstände der Hyperocha notwendig, zuerst den Begriff des Pfanderlöses näher zu erläutern.

2a. Die Voraussetzungen, auf welchen der Begriff des Pfanderlöses beruht, sind dreifacher Art: Zunächst ist es für das Vorhandensein eines Erlöses erforderlich, daß eine rechtlich wirksame Veräußerung einer Sache vorliegt. Denn mit Erlös bezeichnet man, um mit den Motiven[1]) zu reden, diejenigen Gegenstände, welche mittels des Verkaufes der Sache gewonnen werden, welche also das wirtschaftliche Äquivalent der verkauften und auch übergebenen Sache bilden. Daher kann streng genommen der durch den Abschluß des Kaufvertrages erlangte Vermögensgegenstand den Charakter eines Erlöses erst erhalten, wenn auch von seiten des Verkäufers die Veräußerung vollzogen ist. Doch muß man, wie erst weiter unten zu zeigen sein wird, auch dem vom Pfandkäufer schon vor der Veräußerung der Pfandsache gezahlten Kaufpreis die Eigenschaft als Pfanderlös in Hinsicht auf die nachfolgende Veräußerung aus praktischen Gründen zuerkennen. Daß aber die gültige Veräußerung für den Begriff des Erlöses aus dem Pfande Bedingung ist, und besonders bei einer nach § 1244 B.G.B. ungültigen Veräußerung kein Pfanderlös im Sinne des § 1247 vorliegt, darüber besteht bei der herrschenden Meinung Übereinstimmung[2]), in der Erwägung, daß

[1]) Bd. III S. 833. — [2]) Vgl. Wolff S. 75; Staudinger Bem. 1 b β zu 1274; Biermann, Bem. 5 zu 1247; Planck, Bem. 1 zu 1274;

in diesem Falle das Eigentum ebenso wie die übrigen dinglichen Rechte an der Pfandsache nach § 1242 B.G.B. nicht erlöschen und deshalb für die Surrogation des Erlöses kein Grund gegeben ist. Die entgegengesetzte Meinung vertritt Enneccerus-Lehmann[3]) mit der Begründung, daß die andern an der Sache dinglich Berechtigten durch die Nichtanwendung der § 1247 auf den gezahlten Kaufpreis in eine schlechtere Lage versetzt würden als bei gültiger Veräußerung, wenn entweder der Ersteher unerreichbar ist, oder die Sache an einen gutgläubigen Erwerber weiter veräußert hat. Doch scheint diese rechtspolitisch anzuerkennende Auslegung in § 1247 nicht enthalten zu sein; ebenso auch Biermann a. a. O.

Als zweite Voraussetzung für den Pfanderlös ergibt sich aus dem Zusammenhang, in welchem § 1247 im Gesetze steht, daß der Verkauf der Sache von den daran Beteiligten als Pfandverkauf vorgenommen werden muß. Daher findet § 1247 dann keine Anwendung, wenn der Pfandgläubiger unter Mißbrauch seines Pfandbesitzes die Sache als seine eigene an einen gutgläubigen Erwerber veräußert.

Als ein weiteres Erfordernis des Pfanderlöses erscheint es auch, daß der vom Gläubiger als Pfand veräußerten Sache auch objektiv die Pfandeigenschaft zukommt, so daß also ein von den Parteien nur irrtümlich angenommnes Pfandrecht die Anwendung des § 1247 nicht rechtfertigt. Die Begründung dieser Ansicht soll jedoch nach der Anlage der Abhandlung erst in § 11, 2 gegeben werden.

Stobbe-Lehmann Bd. II, 2 § 169, 3 b β. — [1]) Bd. II S. 358; ebenso Leonhard, Arch f. bürg. Recht Bd. XXI S. 213.

b) Der Gegenstand des Pfanderlöses ist verschieden, je nachdem der Kaufpreis vom Pfandkäufer bar bezahlt wird oder nicht, und im letzteren Falle wiederum je nachdem dem verkaufenden Pfandgläubiger die nach § 1245/6 erforderliche Zustimmung zur Kreditierung erteilt war oder nicht.

α) Der in der Praxis häufigste Fall wird wohl sein, daß der Ersteher das Kaufgeld bei Abschluß des Kaufvertrages sofort entrichtet, so daß der Pfanderlös in barem Geld besteht. Der Barkauf soll nach § 1238 die Regel bilden.

β) Durch eine Vereinbarung mit dem Pfandeigentümer unter gleichzeitiger Zustimmung der andern an der Pfandsache Berechtigten (§ 1245), oder durch gerichtliche Entscheidung (§ 1246) kann der Gläubiger von der Pflicht zum Verkauf gegen Barzahlung befreit werden; in diesen beiden Fällen wird vom Gesetze die Kaufpreisforderung gegen den Ersteher als Erlös im Sinne des § 1247 betrachtet[1]).

γ) Sind die Voraussetzungen der §§ 1245, 1246 nicht gegeben und verkauft der Gläubiger ohne den Vorbehalt sofortiger Barzahlung (§ 1238, II, 1), oder macht er von dem Vorbehalt der Rechtsverwirkung keinen Gebrauch, so ist der Kaufpreis als vom Gläubiger empfangen anzusehen. Besonders hervorgehoben sei, daß der § 1238, II auch dann gilt, wenn der erzielte Kaufpreis infolge der Kreditierung nachweislich höher ist, als er ohne dieselbe geworden wäre[2]). Das gleiche gilt nach § 1239, I, 2, wenn der Zuschlag dem betreibenden Gläubiger erteilt wird.

---

[1]) Vgl. Planck, Bem. 3 b zu 1247; Staudinger, Bem. 4 d zu 1247; Biermann, Bem. 4 b zu 1247. — [2]) Planck, Bem. 2 zu 1238.

Die Frage, was in diesen letzteren Fällen als Erlös zu betrachten sei, läßt sich nicht in einer nach allen Seiten hin befriedigenden Weise beantworten: Sicherlich kann nicht die Kaufpreisförderung gegen den Ersteher als Erlös im Sinne des § 1247 behandelt werden, da die Fiktion der §§ 1238, 1239 den Zweck verfolgt, dem Gläubiger die Gefahr für die Einbringlichkeit der ganzen Kaufsumme zuzuschieben, und die Anwendung des § 1247 auf die Forderung gegen den Ersteher diesen Zweck vereiteln würde.

Die Motive[1]) bezeichnen als Erlös die Gegenforderung, welche für den Eigentümer auf Grund der fingierten Empfangnahme des Erlöses entsteht, ebenso auch Haidlen[2]), Neumann[3]), Matthiaß[4]), Planck[5]). Diese Meinung geht in offenbarer Anlehnung an das römische Recht von der Auffassung aus, daß der Gläubiger infolge der fingierten Empfangnahme auch fingierterweise Eigentum an den Geldstücken erwirbt und für den Pfandeigentümer deshalb gegen den Gläubiger in der Höhe des Erlöses eine persönliche Forderung wegen Bereicherung entsteht. Die Befriedigung des Pfandgläubigers erfolgt mittels dieser Gegenforderung durch „eine sich von selbstverstehende Aufrechnung“ (Motive a. a. O.). Die Gegenforderung wird also als der „Erlös“ betrachtet; der nicht aufgerechnete Teil derselben ist die Hyperocha, welche nach § 1247, 2 an die Stelle des Pfandes tritt.

Gegen diese Konstruktion ist zunächst anzuführen, daß ihr eine ungenaue Auffassung des Wortes Erlös zugrunde liegt. Denn die Gegenforderung, welche

---

[1]) Bd. III S. 833. — [2]) Bd. III, Bem. a zu 1247. — [3]) Bd. I, 2 b zu 1247. — [4]) Bd. II S. 200 Anm. 1. — [5]) Bem. 3a zu 1247.

der Pfandeigentümer infolge der zu fingierenden Bereicherung des Gläubigers etwa erwirbt, kann schlechterdings nicht als Erlös aus dem Pfandverkauf bezeichnet werden. Sie ist zwar in ihrem Entstehen ebenso wie in ihrer Höhe von der Empfangnahme des Erlöses durch den Gläubiger bedingt, aber sie ist nicht selbst Erlös. Sie bildet vielmehr für den Eigentümer der Pfandsache das wirtschaftliche Äquivalent, die Entschädigung für den Erlös, welchen der Gläubiger zunächst ohne rechtlichen Grund empfangen hat. Als Erlös im Sinne des § 1247 müssen daher die Geldstücke betrachtet werden, welche kraft gesetzlicher Vorschrift als vom Gläubiger empfangen anzusehen sind, da der wirkliche Erlös aus dem Pfandverkauf, d. i. die Kaufpreisforderung gegen den Ersteher vom Gesetzgeber keine Berücksichtigung findet. Auch die Verfasser der Motive scheinen sich der ungewöhnlichen Auslegung des Wortes Erlös bewußt gewesen zu sein, da sie es besonders bemerken, daß als Erlös aus dem Pfande auch die Gegenforderung des Pfandeigentümers zu verstehen sei.

Einen schwerwiegenderen Grund für die Unrichtigkeit dieser Auffassung bietet die Erwägung, daß in Konsequenz derselben sich die Befriedigung des Gläubigers in den Fällen der §§ 1238/9 in einer vor der allgemeinen Regelung des Gesetzes abweichenden Weise vollziehen würde: Durch § 1247 ist es Grundsatz geworden, daß die vom Ersteher bezahlten Geldstücke, bezw. in den Fällen der §§ 1245/6 die Kaufpreisforderung unmittelbar zur Befriedigung des Gläubigers Verwendung finden sollen, und also nicht wie im römischen Recht die von Pfandeigentümer gegen den Pfandgläubiger erworbene Forderung das Pfand-

befriedigungsmittel bilden soll. Daher würde die Konstruktion der Motive für die Fälle der §§ 1238/9 die Wiederaufnahme eines vom Gesetzgeber absichtlich verlassenen Prinzips bedeuten. Es ist jedoch nicht anzunehmen, daß er durch Einführung der Fiktion für die genannten Fälle eine Ausnahme aufstellen wollte.

Die richtige Entscheidung scheint vielmehr durch eine konsequente Weiterführung der vom Gesetze gebotenen Fiktion gefunden zu werden. Der Gesetzgeber schreibt in §§ 1238, 1239 vor, daß für das Rechtsverhältnis des Gläubigers zu den andern am Pfande dinglich Berechtigten der Erlös als vom Gläubiger empfangen anzusehen sei. Der Sinn dieser Fiktion ist offenbar, daß die durch den Pfandverkauf eintretenden Rechtsfolgen möglichst denjenigen gleichgestaltet werden sollen, welche bestehen würden, wenn der Kaufpreis vom Ersteher an den Gläubiger bar bezahlt worden wäre. Daher wird man zunächst die fingierten Geldstücke als Erlös zu betrachten und auf sie die Vorschrift des § 1247 anzuwenden haben. Es ist demnach so anzusehen, als ob der dem Gläubiger gebührende Teil des fingierten Kaufpreises in sein Eigentum übergegangen und der Pfandanspruch dadurch getilgt ist[1]), während der ihm nicht gebührende Teil zunächst an die Stelle des Pfandes tritt. Es sei bemerkt, daß dieser nur gedachten Hyperocha lediglich eine theoretische Bedeutung zukommt. Sie bildet die Hilfsvorstellung, mittels deren die Rechtsfolgen konstruiert und erklärt werden, welche das Gesetz unter

[1]) So auch Planck, Bem. 3a zu 1247 und Bem. 2 zu 1238; Staudinger, Bem. 4c zu 1247; Biermann, Bem. 4a zu 1247; Fischer-Henle, Bem. 1 zu 1247.

den Voraussetzungen der §§ 1238, 1239 hinsichtlich des Mehrerlöses an den Pfandverkauf knüpft. Doch soll über diese Konsequenzen der Fiktion erst weiter unten § 9 gehandelt werden.

3. Entsprechend den verschiedenen Gegenständen des Pfanderlöses kennt das B.G.B. auch drei verschiedene Arten von Gegenständen der Hyperocha: Wird der Kaufpreis vom Ersteher sofort bezahlt, so besteht der Überschuß aus Geldstücken. Unterbleibt die Barzahlung und war der Gläubiger in einer nach §§ 1245/6 gültigen Weise zum Kreditverkauf berechtigt, so wird die Kaufpreisforderung überschüssig. Hat der Gläubiger den Kreditvertrag ohne die genannte Zustimmung vorgenommen oder ist er selbst Ersteher, so wird entsprechend der Fiktion der §§ 1238, 1239 die Hyperocha fingiert.

§ 9.

III. Die Gröfse der Hyperocha.

(Der Begriff des „Gebührt“ im Sinne des § 1247.)

1. Der Überschuß aus dem Pfanderlös ist in seinem Umfang — ebenso wie in seinem Dasein überhaupt — wesentlich bedingt durch die Höhe des Befriedigungsanspruches, welchen der Gläubiger gegenüber dem Pfande hat; denn die Hyperocha ist die Differenz zwischen dem Pfanderlös und der Pfandforderung.

a) Die Höhe des Erlöses bestimmt sich einerseits nach dem Tauschwert der Pfandsache zur Zeit des Verkaufes, andererseits nach den Absatzverhältnissen, also vornehmlich tatsächlichen Umständen, welche durch rechtliche Vorschriften höchstens mittelbar beeinflußt werden. Hierher gehören die Bestimmungen,

welche die Verpflichtungen des Gläubigers hinsichtlich der Verwahrung und des Verkaufes der Pfandsache feststellen, soweit dadurch der Mehrwert des Pfandes über die Pfandforderung geschützt wird: also vor allem die §§ 1215 (Verwahrungspflicht des Gläubigers) 1217, 1218 (Schutz des Verpfänders gegen Rechtsverletzungen von seiten des Gläubigers und gegen Verderb und Wertminderung der Sache), 1235 (Grundsatz der öffentlichen Versteigerung), 1236, 2 (Wahl des geeigneten Versteigerungsortes), 1237 (Bekanntmachung der Versteigerung), 1240 (bei Gold- und Silbersachen Mindesterlös der Gold- oder Silberwert), 1246 (Recht auf eine von den §§ 1235—1240 abweichende Art des Pfandverkaufs). Als eine im ausschließlichem Interesse des Mehrwertes der Pfandsache getroffene Bestimmung sei das Verbot der Verfallklausel in § 1229 genannt.

b) Der Umfang des Pfandanspruches bestimmt sich zunächst nach dem Pfandvertrag, also nach der freien Vereinbarung zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder. Ist nichts bestimmt, so greifen die Dispositivvorschriften des § 1210, I, 2 ein. Von besonderer Bedeutung für die Hyperocha ist § 1210, I, 2, wonach durch ein Rechtsgeschäft des Schuldners, der nicht auch Pfandeigentümer ist, nach der Verpfändung die Pfandhaftung nicht mehr erweitert werden kann. Das gleiche gibt zugunsten der nachstehenden beschränkt Berechtigten, auch dann wenn der Schuldner Pfandeigentümer ist[1]). Demgegenüber wird aber der Pfandanspruch durch Teilzahlungen selbstverständlich zugunsten des künftigen Überschusses gemindert.

---

[1]) Planck, Bem. 2a zu § 1210.

Einer besonderen Hervorhebung bedarf der Fall, daß eine Nutzpfandgläubiger die Nutzungen der Pfandsache eine gewisse Zeit hindurch zieht und nach Eintritt der Fälligkeit der Pfandforderung die Pfandsache verkauft. Im Interesse des Pfandeigentümers und der übrigen am Pfande bisher dinglich Berechtigten wird man annehmen müssen, daß es in einem solchen Falle nicht einer besonderen Aufrechnungserklärung bedarf, um die Pfandforderung um den Reinertrag der gezogenen Nutzungen zu verringern, sondern daß die Aufrechnung vor dem Verkauf sich „automatisch" vollzieht. Dies wird auch dann gelten müssen, wenn der Wert der gezogenen Nutzungen zur Zeit des Verkaufes noch nicht festgestellt ist. Angesichts der sachenrechtlichen Behandlung der Hyperocha im B.G.B. kommt diese vorherige Aufrechnung nicht nur wie im römischen Recht[1]) den nachstehenden Drittberechtigten, sondern auch dem Pfandeigentümer zugute, da ihm der Wert der gezogenen Nutzungen als ein Teil des überschüssigen Pfanderlöses zufällt. Hat der Gläubiger wegen der schuldhafterweise nicht gezogenen Nutzungen oder wegen Verletzung einer andern Pflicht aus dem Pfandvertrag dem Verpfänder Schadensersatz zu leisten, so wird man auch für diese aus den gleichen rechtspolitischen Gründen die sich von selbst vollziehende Aufrechnung annehmen dürfen.

2. Es wurde bereits oben in § 6 erwähnt, daß § 1247 sich nicht darauf beschränke, den für die Befriedigung des betreibenden Pfandgläubigers überschüssigen Teil des Erlöses an die Stelle des Pfandes zu setzen, sondern daß dieser letztere auf Grund des

---

[1]) Siehe oben § 4.

§ 1247 unter bestimmten Voraussetzungen seinem ganzen Umfange nach Pfandsurrogat werden kann. Für die vorliegende Abhandlung sind diese Fälle insofern von Bedeutung, als sie die prinzipielle Grenze für die Möglichkeit der Entstehung einer Hyperocha im bürgerlichen Gesetzbuch darstellen. Denn der Überschuß aus dem Pfanderlös setzt einerseits seinem Begriffe nach voraus, daß der Erlös zur Befriedigung des Pfandgläubigers verwendet wurde, und die Surrogation des Gesamterlöses tritt andererseits dann ein, wenn dem Gläubiger kein Recht auf Befriedigung aus dem Erlös zusteht. Die Bedingungen, von welchen dieser Anspruch des Gläubigers abhängt, sind im einzelnen streitig. In Betracht kommen hierbei vor allem die in § 1244 genannten Fälle des Verkaufs ohne gültiges Pfandrecht des Veräußerers und des unrechtmäßigen Pfandverkaufs, und außerdem der Fall des Pfandverkaufs durch einen nachstehenden Pfandgläubiger (§ 1232. 2.).

Kommt in den ersten beiden Fällen infolge Mangels der Voraussetzungen des § 1244 keine gültige Veräußerung zustande, so liegt nach den obigen Darlegungen (§ 8, 2) überhaupt kein Erlös im Sinne des § 1247 vor. Das gleiche gilt nach der in dieser Abhandlung vertretenen Ansicht, wenn die zwar dinglich wirksame Pfandveräußerung auf Grund eines nichtigen Pfandrechtes erfolgte (oben § 8, 2a). Die Begründung hierfür soll in anderem Zusammenhang (§ 12) gegeben werden.

Für die anderen Fälle der §§ 1244 und 1232, in denen § 1247 zur Anwendung kommen soll, ist die Beantwortung der Frage, ob dem Gläubiger der Erlös zu seiner Befriedigung zufällt, abhängig von dem Begriff des in § 1247 gebrauchten Wortes „gebührt“.

a. Die Fälle des § 1244: Unrechtmäßigkeit des Verkaufes. Am wenigsten bedingt erscheint das „Gebühren“ nach der von Leonhard[1]) vertretenen Ansicht. Er betrachtet zunächst die Anwendbarkeit des § 1247 in allen Fällen des § 1244 als gegeben (S. 213—215), und will innerhalb dieses ausgedehnten Geltungsbereiches des § 1247 nur den Mangel einer Aktivforderung des Veräußerers gegen den Schuldner als hinreichenden Grund für das Nichtgebühren gelten lassen (S. 213). Zur Begründung seiner Ansicht führt Leonhard zunächst die Vorgeschichte des § 1247 und die Analogie des bisherigen Rechtes an. Denn die Neuerung des § 1247 liege nicht darin, daß er den für das bisherige Recht grundsätzlichen Eigentumserwerb des Pfandveräußerers verdrängen sollte, sondern durch § 1247 sollte lediglich bewirkt werden, daß der Gläubiger nicht auch an dem Teil des Erlöses, welcher über die Forderung hinausragt, Eigentum erwerbe[2]). Dem gegenüber muß eingewendet werden, daß § 1247 offenbar den Zweck verfolgt, die Rechte des betreibenden Pfandgläubiger am Erlös fest zu setzen. Nach der Meinung Leonhards wären hierfür lediglich die obligatorischen Beziehungen des Veräußerers zum Schuldner maßgebend, während das dingliche Rechtsverhältnis nach keiner Seite in Betracht käme. Dagegen scheint es doch richtiger, daß für das Gebühren des Erlöses, auch die pfandrechtlichen Bestimmungen entscheidend seien. Dies ergibt sich mit einer gewissen Notwendigkeit schon aus der systematischen

[1]) Arch. f. bürg. Recht Bd. XXI S. 171; auch Gierke Bd. II S. 991 bei Anm. 98 bejaht das Gebühren trotz der Unrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs. — [2]) Ebenso Oertmann, Komment. Bem. 1 a zu 816.

Stellung des § 1247 in der Lehre vom Pfandrecht und es brauchte wohl eines besonderen positiven Anhaltspunktes im Gesetze, wenn man annehmen wollte, daß für die Frage nach dem „Gebühren“ des Erlöses nicht auch die pfandrechtlichen Grundsätze in Betracht kämen. Außerdem ist diese ausschließliche Richtung des § 1247 auf die Hyperocha weder aus den Motiven noch aus den Protokollen zum B.G.B. erkennbar, und es ist auch kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber, der bestimmte, daß jeder beliebige Teil des Erlöses als Überschuß an Stelle des Pfandes treten könne, nicht auch an den Fall einer gänzlichen Surrogation gedacht habe. Im übrigen vermag auch Leonhard seine Auffassung, § 1247 beziehe sich nur auf den Überschuß, nicht festzuhalten, und läßt wenigstens bei Ungültigkeit der Forderung des Veräußerers gegen den Schuldner eine Surrogation des Gesamterlöses auf Grund des § 1247 zu (S. 213, 2. Absatz). Die Konsequenz seiner Ansicht über die Aufgabe des § 1247 wäre gewesen, in einem solchen Falle, wo auch nach seiner Meinung die Entstehung eines Überschusses infolge des mangelnden Befriedigungsanspruches grundsätzlich ausgeschlossen ist, die Anwendung des § 1247 zu verneinen. Wird aber ein Fall gänzlicher Surrogation zugegeben, so scheint es nicht mehr möglich, die Voraussetzungen, von welchen „das gebührt abhängt,“ daraus abzuleiten, daß § 1247 nur die Hyperocha regeln wollte.

Auch das zweite Argument Leonhards, die Analogie zu § 819 der Z.P.O. kann nicht als stichhaltig anerkannt werden. Denn § 819 ist nicht eine neben § 1247 stehende Sondervorschrift für das Pfändungspfandrecht, sondern § 1247 gilt auch für das durch

Pfändung entstandene Pfandrecht und § 819 kann deshalb nur als eine Ergänzungsvorschrift zu § 1247 betrachtet, werden, wie weiter unten begründet werden soll.

Die herrschende Meinung verneint für die Fälle der unrechtmäßigen Veräußerung der Pfandsache allgemein das Gebühren des Erlöses zuungunsten des Gläubigers[1]). Dieser erhält am Erlös lediglich ein Pfandrecht, der Pfandeigentümer am ganzen Erlös Eigentum.

Die richtige Beantwortung der Frage, wie weit die Unrechtmäßigkeit der Pfandveräußerung das Gebühren des Erlöses für den Gläubiger auszuschließen vermag, muß, wie es scheint, aus dem Inhalt der verletzten Bestimmung gewonnen werden. Von den Vorschriften, deren Nichtbeachtung nach § 1243 die Unrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs zur Folge hat, scheiden zunächst die §§ 1235, und 1240, II aus, da deren Verletzung nach § 1244 die Veräußerung hindert. Die noch übrig bleibenden bestimmen: Vornahme des Verkaufes erst nach Eintritt der Fälligkeit bezw. Umwandlung in eine Geldschuld (§ 1228, II), Beschränkung des Verkaufes auf die zur Befriedigung notwendigen Pfandsachen (§ 1230, 2), öffentliche Bekanntmachung der Versteigerung (§ 1237, 1) und Verkauf von Gold- und Silbersachen nicht unter dem Gold- und Silberwert (§ 1240, I). Nimmt der Pfandgläubiger den Verkauf vor Eintritt der Fälligkeit vor, so würde die Bejahung des Gebührens dazu führen, daß er früher, als er zu fordern berechtigt ist, seine Befriedigung

[1]) So Planck, Bem. 1 zu § 1247; Staudinger, Bem. 1 b a zu 1247; Kuhlenbeck S. 851, 2; Eneccerus-Lehmann Bd. II S. 358; Endemann Bd. II, 1 S. 930.

erlangte. Der Gläubiger würde einen Vorteil erhalten, auf welchen er keinen Anspruch hat. Deshalb dürfte hier der Erlös ihm nicht gebühren. Verkauft dagegen der Gläubiger zwar nach Eintritt der Fälligkeit, aber vor Umwandlung der geschuldeten Leistung in eine Geldforderung, oder ohne Beschränkung auf die notwendige Zahl der Pfänder, oder ohne öffentliche Bekanntgabe der Versteigerung, so kann dies nicht als Hinderungsgrund für den Eigentumserwerb des Gläubigers angesehen werden. Der Zweck der ersten beiden Vorschriften §§ 1228 II, 1230, 2 ist offenbar, einen unnötigen Eingriff in die Rechte des Pfandeigentümers zu verhüten; der Zweck der beiden letzteren §§ 1237, 1, 1240, I im Pfandverkauf einen möglichst hohen Erlös zu erzielen. Hat eine Veräußerung, welche eine der in §§ 1238, II u. 2237, 1 enthaltenen Bestimmungen verletzt, die vom Gesetz befürchtete nachteilige Wirkung nicht zur Folge gehabt, so ist die Nichtbeachtung praktisch nicht weiter von Bedeutung, und darf der Übertretung einer bloßen Ordnungsvorschrift gleichgestellt werden. Hat dagegen der Gläubiger die Interessen durch die Verletzung einer der genannten vier Bestimmungen verletzt, so ist er schadensersatzpflichtig[1]). Die Vorenthaltung des Erlöses wäre für den Gläubiger eine unnötige Härte, um so mehr da sich der Gläubiger nach der oben § 9, 1, b gegebenen Darlegung diese Schadensersatzforderung vor der Befriedigung aus dem Erlös aufrechnen lassen muß. Außerdem würde auch eine gänzliche Surrogation dem Pfandeigentümer nichts nützen, da sich der Gläubiger aus seinem Pfandrecht am Erlös jederzeit befriedigen könnte.

[1]) Gierke Bd. II S. 991 Anm. 98.

Das Ergebnis wird deshalb sein, daß nur diejenige Unrechtmäßigkeit der Veräußerung, welche auf der Verletzung des § 1228, II, 1 beruht, den Anspruch des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Erlös ausschließt, ebenso auch Biermann[1]).

b) Der Verkauf durch den nachstehenden Pfandgläubiger (§ 1232). Auch hier wird man das Gebühren des Erlöses für den betreibenden Gläubiger verneinen müssen, da ein Eigentumserwerb desselben am Erlös in Anbetracht des Rechtes des vorgehenden Pfandgläubigers auf vorzugsweise Befriedigung als logisch unmöglich erscheint.

Die entgegengesetzte Meinung vertritt Planck[2]), wonach der Erlös dem betreibenden Gläubiger nur soweit gebührt, soweit er hierzu nicht zur Befriedigung des vorgehenden Pfandrechtes notwendig ist; soweit er dagegen hierzu erforderlich ist, erlangt der vorgehende Gläubiger ein Pfandrecht am Erlös. Der Sinn dieser Auffassung ist also, daß für den Erstgläubiger der für seine Forderung erforderliche Betrag aus dem Erlös ausgeschaltet und dadurch der dem Nachberechtigten zukommende Überschuß festgestellt wird. Da aber der für die Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers notwendige Betrag erst endgültig feststeht, wenn seine Forderung durch das ihm zustehende Pfandrecht getilgt wird, so wird in vielen Fällen auch der dem nachstehenden Gläubiger zufallende Betrag erst nach Vornahme des Pfandverkaufs bestimmt. Die Konsequenz daraus wäre, daß dem betreibenden Gläubiger bei Vornahme des Verkaufes der Erlös in Höhe eines Betrages zufallen

[1]) Bem. 5 zu 1247. — [2]) Bem. 3 b zu 1232; ebenso auch Crome Bd. III S. 860 Anm. 130; und Biermann, Bem. 2 zu 1247.

würde, der erst durch künftige Ereignisse bestimmt würde, ja gegebenenfalls nachträglich gleich Null werden könnte, so z. B. wenn sich der Pfandanspruch des vorgehenden Pfandgläubigers infolge nachträglichen Verzugs seines Schuldners gemäß § 1210 auch auf die Vertragsstrafe erstrecken würde. Der Einwand der logischen Unmöglichkeit eines solchen unbestimmten Rechtserwerbes kann auch dadurch nicht widerlegt werden, daß das Wissen hier, wie regelmäßig keine rechtsbegründende Kraft habe[1]). Denn in einem solchen Falle, wo die Höhe des Pfandanspruches des vorgehenden Gläubigers zur Zeit des Pfandverkaufes noch ungewiß ist, handelt es sich auf Seite der Beteiligten nicht um ein faktisches Nichtwissen von bereits feststehenden Tatsachen, sondern diese den Rechtserwerb des nachstehenden Gläubigers bedingenden Tatsachen stehen noch gar nicht fest, und können also logischerweises auch nicht zur Kenntnis des Beteiligten gelangt sein.

Daher wird man annehmen müssen, daß der Erlös aus dem Pfandverkauf eines nachstehenden Gläubigers in seinem ganzen Umfange dem Pfande surrogiert wird, und daß an demselben zunächst alle bisherigen dinglichen Rechte wieder aufleben[2]). Will sich der betreibende Gläubiger aus dem Erlös befriedigen, so kann er gemäß § 1249 den Erstgläubiger jederzeit durch Zahlung abfinden und nach Übergang des vorgehenden Pfandrechts den Erlös sich in der Höhe der beiden ihm zustehenden Ansprüche zueignen.

---

[1]) So Crome a. a. O. — [2]) So Windscheid-Kipp Bd. I S. 1208,9; Staudinger, Bem. 3 zu 1247; und besonders Buhl S. 113 mit der Begründung, daß das vorgehende Pfandrecht wegen seiner Unteilbarkeit den ganzen Erlös ergreife.

§ 10.

IV. Die Rechtsverhältnisse an der Hyperocha.

Bei der Betrachtung der Rechtsbeziehungen, welchen der Überschuß aus dem Pfanderlös im B.G.B. unterliegt, soll die oben § 7 gemachte Dreiteilung der Gegenstände der Hyperocha zugrunde gelegt werden.

1. Die Hyperocha besteht in Geldstücken. Wird der Kaufpreis vom Ersteher an den Gläubiger barbezahlt, so gilt dessen Pfandforderung, insoweit als die Geldstücke zu seiner Befriedigung notwendig sind und ihm gebühren, nach § 1247, 1 als vom Eigentümer des Pfandes berichtigt. Der sich gleichzeitig an den Geldstücken vollziehende Eigentumserwerb ist im Gesetze nicht besonders ausgesprochen, sondern muß aus der Befriedigung, welche das Gesetz als Rechtsfolge an die Bezahlung des Kaufpreises geknüpft hat, ergänzt werden[1]).

Soweit das Kaufgeld den Befriedigungsanspruch des Gläubigers übersteigt, und ihm deshalb nicht gebührt, „tritt er an die Stelle des Pfandes“ § 1247, 2.

a) Der bisherige Pfandeigentümer erwirbt somit an diesem Mehrbetrag Eigentum. Da sich sein Eigentumserwerb gleichzeitig mit demjenigen des Gläubigers vollzieht, also sofort mit der Übergabe des Kaufgeldes von seiten des Käufers, so entsteht für den Gläubiger und den Pfandeigentümer zunächst Miteigentum nach Bruchteilen, für deren Größe das Verhältnis des Pfandanspruches des Gläubigers zum Gesamterlös maßgebend ist (Motive[2]). Dies gilt auch dann, wenn der Ersteher der Pfandsache der Eigentümer ist, und der Kaufpreis von ihm nach 1239, II, 1 bar erlegt wird. Hinsichtlich

[1]) Vgl. Motive Bd. III S. 833/4. — [2]) Bd. III S. 833.

der dem Gläubiger nicht gebührenden Geldstücke findet kein Eigentumserwerb desselben statt[1]). Die zwischen Gläubiger und Pfandeigentümer entstehende Rechtsgemeinschaft ist nach der Ansicht der Motive[2]) nach den Vorschriften der §§ 741 ff. zu behandeln, besonders soll dem Gläubiger gemäß § 749 nicht das Recht zustehen, einseitig die Auflösung durch Teilung des gemeinschaftlichen Geldes vorzunehmen und sich durch den Erwerb des Alleineigentums an dem ihm zufallenden Teil der Geldstücke zu befriedigen. Ebenso Männer[3]). Im entgegengesetzten Sinne entscheidet die herrschende Meinung[4]), indem sie die Befugnis des Gläubigers, einseitig durch Teilung in Natur die Aufhebung des Miteigentums herbeizuführen, aus seinem „Befriedigungsrecht" ableitet und deshalb die nach § 749, I erforderliche Einwilligung des Mitberechtigten[5]) für nicht notwendig betrachtet. Die Frage, ob diese abweichende Behandlung des zwischen dem Pfandgläubiger und Pfandeigentümer entstehenden „Kommunionsverhältnisses"[6]) von der im B.G.B. 741 ff. geregelten Gemeinschaft gerechtfertigt ist, beantwortet sich wohl gleichzeitig damit, ob schon der Erwerb des Miteigentums durch den Gläubiger dessen Befriedigung zur Folge hat, so daß ein besonderes Befriedigungsrecht nicht mehr vorhanden ist; eine Frage, welche wohl zu verneinen sein wird. Dagegen ist der bisherige Pfandeigentümer bei Auflösung des Miteigentums an die Vorschriften der §§ 749 ff. gebunden.

---

[1]) Vgl. auch Biermann, Bem. 2 zu 1239. — [2]) Bd. III S. 834. — [3]) S. 491 Anm. 85. — [4]) Planck 2a zu 1247; Biermann 2 zu 1247; Staudinger 1a zu 1247; Jakubezky S. 292; Stobbe-Lehmann § 169b. — [5]) Siehe Oertmann, Komment. Bem. 1b zu § 749. — [6]) Motive Bd. III S. 834.

Die Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft bewirkt, daß sowohl der Gläubiger, wie der Pfandeigentümer an den getrennten Teilen des Erlöses Alleineigentum erwerben; bezüglich der Herausgabepflicht des Gläubigers siehe unten.

Vermischt der Gläubiger vor der Trennung den Gesamterlös oder nach der Trennung die Hyperocha ununterscheidbar mit seinem eigenen Gelde, so entsteht zwischen dem Pfandeigentümer und dem Gläubiger Miteigentum an den vermischten Geldstücken. Denn man darf wohl mit der herrschenden Meinung annehmen, daß für die Entscheidung, ob verbundene oder vermengte Sachen im Verhältnis von Haupt- und Nebensache zueinander stehen (§ 947, II), das gegenseitige Wertverhältnis nicht in Betracht kommt. Für die Frage nach der Aufhebung des entstehenden Miteigentums wird es von Bedeutung sein, ob der Gläubiger den noch ungetrennten Gesamterlös oder die schon getrennte Hyperocha vermengte, da im letzteren Fall sein Befriedigungsanspruch bereits erloschen ist, während er im ersteren noch besteht und ihn zu einseitiger Teilung berechtigt. Steht man mit Windscheid-Kipp[1]) und Wolff[2]) in bezug auf § 947, II auf dem entgegengesetzten Standpunkt, so ist es Tatfrage, ob zwischen den vermengten Summen das Verhältnis von Haupt- und Nebensache gegeben ist und deshalb Miteigentum nach § 947, I oder nur eine persönliche Forderung nach §§ 947, II, 951 für den Gläubiger entsteht.

Die Konsequenz des Eigentums- bezw. Miteigentumserwerbes des Pfandeigentümers ist vor allem, daß der Gläubiger an den betreffenden Geldstücken den

[1]) S. 982/3. — [2]) S. 76.

Besitz an dessen Stelle inne hat. Vor der Trennung übt er den dem Pfandeigentümer zukommenden Mitbesitz an der gemeinschaftlichen Sache, nach der Trennung den Alleinbesitz desselben aus. Er ist zur Verwahrung auf Grund der §§ 1247, 2 und 1215 verpflichtet[1]), was sich im einzelnen nach den §§ 688 ff. bestimmt. Vor allem beschränkt sich seine Haftung nur auf den durch sein Verschulden herbeigeführten teilweisen oder gänzlichen Untergang der Hyperocha. Die Vergünstigung des § 690 findet natürlicherweise keine Anwendung. Ist die Aufhebung des bestehenden Miteigentums bereits herbeigeführt, so kann der Pfandeigentümer den ihm zukommenden Teil nach § 695 jederzeit zurückfordern.

Infolge der Verwahrungspflicht des Gläubigers ist das Eigentum des Pfandeigentümers auch strafrechtlich geschützt, so daß eine rechtswidrige Aneignung von seiten des Gläubigers als Unterschlagung bestraft wird[2]). Trifft derselbe über die Geldstücke eine rechtsgeschäftliche Verfügung gegenüber einem Dritten, so finden die Vorschriften über die Verfügung eines Nichtberechtigten Anwendung. Gerät der Gläubiger in Konkurs, so steht der Pfandeigentümer nicht den gewöhnlichen Konkursgläubigern gleich, sondern hat in Ansehung der Hyperocha ein Aussonderungsrecht. Ebenfalls in Konsequenz der Surrogation wird man annehmen dürfen, daß ein früherer Besitzer, dem gegenüber der Pfandgläubiger oder der Verpfänder fehlerhaft besaß, den Besitz der Hyperocha wird beanspruchen dürfen. Ebenso kann auch eine vom Ver-

[1]) Staudinger, Bem. 1 a zu 1247. — [2]) Endemann Bd. II S. 929 Anm. 23.

pfänder an der Pfandsache begonnene Ersitzung an der surrogierten Hyperocha fortgesetzt werden[1]).

Zugunsten des Gläubigers gilt nach § 1248 der Verpfänder als Pfandeigentümmer, so daß die Herausgabe der Hyperocha an den Verpfänder den Gläubiger befreit, so lange er nicht weiß, daß jener nicht Eigentümer sei[2]). Nach Windscheid-Kipp[3]) ist dieses Recht des Gläubigers in Ansehung der Surrogation und entsprechend dem § 1223 dahin zu erweitern, daß der Verpfänder die Auszahlung des Überschusses vom Gläubiger verlangen kann, und dieser ohne Rücksicht auf seine Gutgläubigkeit hierzu auch verpflichtet ist.

b) Bestanden außer dem geltend gemachten Pfandrecht an der Pfandsache noch andere beschränkte dingliche Rechte, welche nach § 1242, II durch den Pfandverkauf erloschen sind, so ist es für ihre Rechtsstellung von ausschlaggebender Bedeutung, ob sie dem geltend gemachten Pfandrecht im Range vor oder nach standen. Im ersteren Falle, wo also ein zweitberechtigter Pfandgläubiger den Verkauf vorgenommen hat, „gebührt“ ihm, wie bereits oben § 9, 2, b ausgeführt wurde, der Erlös zu seiner Befriedigung nicht und die Surrogation des § 1247 erstreckt sich auf den Gesamterlös.

Für die vorliegende Abhandlung über den Überschuß aus dem Pfanderlös kommen deshalb lediglich solche Fälle in Betracht, in denen nur dem geltend gemachten Pfandrecht nachstehende beschränkte dingliche Rechte, Pfandrechte oder Nießbrauch erlöschen: der nach § 1247, 2 an Stelle des Pfandes getretene

---

[1]) Vgl. Wolff S. 76 Anm. 39. — [2]) So Planck, Bem. 2 a zu zu 1247. — [3]) Bd. I S. 1208, 8 a *a*.

überschüssige Teil des Pfanderlöses gilt, ebenso wie für das Eigentum des bisherigen Pfandeigentümers, auch für sie als Surrogat. Im Zeitpunkt des Eintrittes der Wirksamkeit des § 1247 leben sie wieder auf. Gebührt dem Pfandgläubiger der Erlös für einen Teil seiner Forderung noch nicht, z. B. wenn dieselbe in einzelnen Raten zu berichtigen war und die Pfandversteigerung wegen Nichtbezahlung der ersten erfolgte, so bleibt in Ansehung des erst fällig werdenden Betrages auch das geltend gemachte Pfandrecht an dem surrogierten Teil des Erlöses bestehen[1]). Solange der Pfandeigentümer nur einen Miteigentumsanteil an dem gesamten Erlös hat, bestehen die beschränkten dinglichen Rechte in Analogie von § 949, 2 zunächst an diesem Anteil. Nach Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft gebührt dem Berechtigten nach §§ 1258, III, 1066, III der Nießbrauch bezw. das Pfandrecht an den getrennten Geldstücken[2]). Hervorgehoben sei, daß zunächst auch diejenigen nachstehenden Pfandrechte am Überschuß fortbestehen, welche nach Abzug der ihnen vorgehenden Pfandforderungen durch dessen Betrag nicht mehr gedeckt werden. Etwas abweichend entscheidet Enneccerus-Lehmann[3]), indem er als Objekt der beschränkten Rechte bis zur Trennung der Hyperocha vom Gesamterlös nicht die Miteigentumsqurte des Pfandeigentümers, sondern die sämtlichen vom Pfandverkäufer bezahlten Geldstücke bezeichnet; ebenso auch Windscheid-Kipp[4]). Doch wird diese Meinung abzulehnen sein, da man wohl aus § 949. 2. 3

[1]) Planck, Bem. 2 b zu 1247 und 1228, II, 1. — [2]) Planck, Bem. 2 b zu 1247; Biermann, Bem. 3 zu 1247; Staudinger, Bem. 3 zu 1247; Buhl S. 116 a. — [3]) Bd. II S. 356, 4. — [4]) Bd. I S. 1208, 8 a γ.

herauslesen darf, daß das B.G.B. die Möglichkeit der Belastung einer im Miteigentum befindlichen Sache zu einem Bruchteil desselben ablehnt.

Eine grundsätzlich verschiedene Stellung räumt Endemann[1]) den nachstehenden Realberechtigten ein: Auf Grund der eingetretenen Surrogation erwerben sie an dem Erlös in der Höhe ihrer Pfandansprüche neben dem betreibenden Pfandgläubiger ohne weiteres Miteigentum, eine Surrogation zugunsten des Pfandeigentümers tritt nur hinsichtlich des Überschusses aus dem letzten Pfandrecht ein. Eine andere Folge dieser Meinung ist, daß, wenn der Erlös die Summe der bestehenden Pfandforderungen nicht deckt, die Pfandrechte insoweit schon mit den Eintritt der Surrogation endgültig erlöschen. Die Richtigkeit der Ansicht Endemanns muß jedoch angesichts des klaren Wortlautes des § 1247, 2 verneint werden.

Die Befugnisse, welche dem nachstehenden Pfandgläubiger oder Nießbraucher zukommen, leiten sich als Konsequenzen der ihnen zugewiesenen Rechtsstellung ab. Solange der Gesamterlös noch ungetrennt ist, sind sie auf Grund ihres am Eigentumsanteil bestehenden Rechtes zur Ausübung des dem Pfandeigentümer zukommenden Mitbesitzes berechtigt[2]), so daß dessen Besitz durch sie und sodann durch den unmittelbar besitzenden Pfandgläubiger, also durch zwei Zwischenglieder vermittelt wird.

Nach dem oben Gesagten ist der Gläubiger auch gegenüber demjenigen, welcher am Miteigentum des Pfandeigentümers beschränkt berechtigt ist, befugt, dieses Miteigentum einseitig aufzuheben. Dagegen

---

[1]) Bd. II, 1 S. 929, 4 b. — [2]) Planck, Bem. 3 zu 1258.

galten für eine dem Gläubiger erklärte Aufhebung die allgemeinen Regeln der §§ 1066 und 1258.

Ist die Trennung der Hyperocha von dem Gesamterlös, bezw. bei Vermischung mit dem Bargeld des Gläubigers von diesem vollzogen, so kann der daran berechtigte Pfandgläubiger von dem verkaufenden Gläubiger die Herausgabe der betreffenden Geldstücke auf Grund seines Pfandbesitzrechtes verlangen. Nach Eintritt der in § 1228, II bezeichneten Voraussetzungen kann er sich den zu seiner Befriedigung notwendigen Betrag aneignen. Bemerkt sei noch, daß bei einer Mehrheit von Pfandrechten an der Hyperocha ein jeder zum Mitbesitz der sämtlichen Geldstücke berechtigt ist, da ein jedes Pfandrecht sich auf den ganzen Erlös erstreckt.

Der am Eigentumsanteil des Pfandeigentümers bestehende Nießbrauch wird gemäß § 1066, III nach Aufhebung der Gemeinschaft an den ausgesonderten Geldstücken fortgesetzt, so zwar, daß der Nießbraucher mit der Bestellung an dem Gelde als verbrauchbaren Sachen nach § 1067 Eigentum erlangt. Wie bereits oben erwähnt, läßt Windscheid-Kipp[1]) den Nießbrauch schon von Anfang an am Gesamterlös erstehen und infolgedessen den Nießbraucher schon im Augenblick der Zahlung seitens des Käufers Eigentum oder richtiger Miteigentum erwerben, so daß also für einen Eigentumserwerb des Pfandeigentümers am Erlös kein Raum mehr ist. Die praktische Folge dieser Meinung ist, daß der Nießbraucher auf Grund seines Miteigentums ohne Zustimmung des Pfandeigentümers die Aufhebung der Gemeinschaft nach § 749 verlangen

---

[1]) Bd. II S. 1208, 8 a γ.

darf, während nach der oben vertretenen Ansicht der Nießbrauch am Miteigentum des Pfandeigentümers besteht und zur Aufhebung des Miteigentums nach § 1066, II eine gemeinschaftliche Erklärung der beiden Berechtigten notwendig ist.

Die obligatorische Verpflichtung des Nießbrauchers aus § 1067 zur Rückzahlung der erhaltenen Summe nach Beendigung des Nießbrauches entsteht zugunsten des Pfandeigentümers, der sein Eigentum an der Hyperocha nach § 1066 verloren hat. Ein dem Nießbraucher nachstehender Pfandgläubiger erhält nach Windscheid-Kipp[1]) an dieser Forderung ein Pfandrecht, so daß nach der bereits vollzogenen Surrogation der Hyperocha an die Stelle der ursprünglichen Pfandsache für dieses zweite Pfandrecht eine nochmalige Surrogation stattfinden würde. Doch scheint diese Auffassung im Gesetze keine Begründung zu finden und kann auch nicht durch analoge Anwendung des § 1247 gerechtfertigt werden, da die dem Nießbraucher übergebenen Geldstücke rechtlich nicht mehr als Hyperocha zu behandeln sind. Es kommen vielmehr für die Beurteilung des dem Nießbrauch nachstehenden Pfandgläubigers die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung, welche gelten, wenn bei der Auflösung eines Miteigentums an verbrauchbaren Sachen an einem Miteigentumanteil ein Nießbrauch und ein Pfandrecht bestanden haben. Man wird annehmen müssen, daß der nachstehende Pfandgläubiger erst nach Beendigung des Nießbrauches vom Pfandeigentümer die Herausgabe des ihm zukommenden Betrages nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung verlangen kann.

[1]) Bd. II S. 1209, 8 a δ.

2. Die Hyperocha besteht in der Forderung auf den Kaufpreis gegen den Pfandverkäufer: a) Wird auf Grund vertragmäßiger Vereinbarung oder richterlicher Erkenntnis die Kaufpreisforderung als Erlös im Sinne des § 1427 angesehen, so entsteht wegen des überschießenden Betrages nicht wie bei Barzahlung des Erlöses eine Rechtsgemeinschaft zwischen Gläubiger und Pfandeigentümer. Die Kaufpreisforderung ist vielmehr vom Augenblick ihres Entstehens an in dem Verhältnis des Pfandanspruches zum Gesamtbetrag des Erlöses geteilt, entsprechend dem in § 420 B.G.B. enthaltenen Grundsatz des römischen Rechtes nomina sunt ipso iure divisa[1]). Der dem Pfandeigentümer zustehende Teil ist nach § 1247, 2 mit den nachstehenden Pfandrechten belastet, für deren Ausübung die allgemeinen Grundsätze über Pfandrechte an Forderungen maßgebend sind. Für die Frage, ob der verkaufende Gläubiger für die Einbringlichkeit der überschüssigen Kaufpreisforderung haftet, wird vor allem die Vereinbarung der Parteien maßgebend sein. Ist nichts bestimmt, so wird man wohl die Haftung des Gläubigers verneinen dürfen, da ein Kreditverkauf der einen Überschuß erzielt, in den meisten Fällen im Interesse des Pfandeigentümers vorgenommen wird und deshalb die Haftung des Gläubigers nicht rechtfertigt. In der gleichen Weise wird sich die Frage vom Standpunkt der an der überschüssigen Kaufpreisforderung beschränkt Berechtigten beantworten, welche ihre nach § 1245, I, 2 erforderliche Zustimmung zum Kreditverkauf erklärt haben.

b) Ist der Pfandgläubiger Ersteher der Pfand-

[1]) Oertmann, Komment. Vorbem. 2 vor 420.

sache, und wird ihm in einer nach §§ 1245, 1246 gültigen Weise sein Kauf als Kreditkauf bewilligt, so regeln sich, die Rechtsverhältnisse in Ansehung des Überschusses des gebotenen Kaufpreises nicht etwa auf der Grundlage des § 1239, II, 2, sondern nach den unter a angegebenen Grundsätzen. Denn man kann nicht sagen, daß der Kaufpreis, den der Gläubiger erst nach einigen Wochen zu zahlen hätte, schon im Augenblick des Zuschlages (1239, I) als von ihm bezahlt und empfangen anzusehen sei. Von den verschiedenen Konstruktionen, welche sich für den Kreditkauf des Gläubigers bieten, scheint die einfachste zu sein, daß man annimmt: die Forderung auf den Kaufpreis ist der „Erlös“; soweit derselbe dem Gläubiger gebührt, kommt jene nicht zur Entstehung, da der Gläubiger selbst Kaufpreisschuldner ist, hinsichtlich des überschüssigen Betrages steht die Forderung nach § 1247, 2 dem Pfandeigentümer zu, und ist deshalb mit den Rechten der nachstehenden beschränkt Berechtigten belastet. Besteht das Pfandrecht des betreibenden Pfandgläubigers wegen eines noch nicht fälligen Teiles seiner Forderung noch fort, so hat er ein Pfandrecht an eigener Schuld[1]).

Erwirbt der Pfandeigentümer bei der Versteigerung die Pfandsache, so kommt eine Forderung auf den Überschuß des Kaufpreises überhaupt nicht zustande, da der forderungsberechtigte Pfandeigentümer zugleich auch der zahlungspflichtige Käufer ist. Die Stellung etwa nachstehender Berechtiger, welche an der ent-

---

[1]) Siehe über dieses Leonhard, Arch. f. bürg. Recht Bd. 21 S. 210; Oertmann, Pfandrecht an eigener Schuld, Arch. f. zivil. Pr. Bd. 81 S. 61; Reichsgericht Bd. 57 S. 358.

stehenden Forderung auf den Überschuß ein Pfandrecht erhalten hätten, ist wohl die gleiche, wie wenn die bestehende Forderung nachträglich durch Konfusion erloschen wäre: nach Enneccerus-Lehmann[1]) stehen in diesem Falle dem Pfandgläubiger und Nießbraucher dieselben Befugnisse zu, als wenn die Forderung noch bestünde. Der Untergang durch Konfusion schädigt sie in ihren Rechten nicht. Man wird dieser Lösung beitreten dürfen. In den meisten Fällen wird schon in der Vereinbarung über die Kreditierung des Kaufgeldes an den Pfandeigentümer die Stellung der Nachberechtigten geregelt sein, da diese zum Kreditverkauf ihre Zustimmung geben müssen.

3. Gegenstand der Hyperocha ist der überschüssige Teil des fingierten Kaufpreises. a) Es wurde bereits oben ausgeführt, daß in den in §§ 1238, II, 1 und 2 und 1239 1, 2 genannten drei Fällen, wo der Kaufpreis als vom Pfandgläubiger empfangen anzusehen ist, die fingierten Geldstücke als Erlös im Sinne des § 1247 und deshalb auch, soweit sie zur Befriedigung des Gläubigers nicht erforderlich sind, als Hyperocha zu betrachten seien. Der Zweck der im Gesetze angewandten Fiktion ist offenbar, — um mit Endemann[2]) zu reden, — eine bestehende Norm auf einen neuen Tatbestand zu übertragen, indem dieser trotz Anerkennung der teilweisen Verschiedenheiten für die rechtliche Behandlung als ein mit dem ursprünglichem Normtatbestande gleicher angesehen wird. Der rechtspolitische Grund, warum der Gesetzgeber den Empfang des Kaufpreises fingiert, ist, wie bereits oben erwähnt wurde, die Gefahr der

[1]) Bd. I S. 539, 2. — [2]) Bd. I S. 33 bei Anm. 16.

Einbringlichkeit der Kaufpreisforderung auf den Gläubiger zu übertragen[1]).

Entsprechend diesem Ziel des Gesetzgebers wird es sich deshalb bei der Feststellung der Rechte, welche dem Pfandeigentümer bezw. den nachstehenden Berechtigten wegen des Mehrerlöses zukommen, darum handeln, dieselben im Falle der nicht erfolgten Zahlung des Kaufpreises möglichst denen gleichartig zu gestalten, welche im Falle wirklicher Barzahlung für die am Pfande dinglich Berechtigten entstehen.

Die herrschende Meinung[2]) gibt dem Pfandeigentümer, soweit der Kaufpreis dem Gläubiger nicht gebührt, eine persönliche Forderung auf Zahlung des überschießenden Betrages des Erlöses. Dritte, beschränkt Berechtigte erhalten an dieser Forderung ein Pfandrecht oder einen Nießbrauch. Soweit das Pfandrecht des betreibenden Gläubigers nicht erloschen ist, steht ihm ein Pfandrecht an eigener Forderung zu. Maßgebend für diese Regelung ist die Erwägung, daß der Kaufpreis als individuelle Masse nicht vorhanden sei, und die oben (1) genannten dinglichen Rechtsfolgen für die Stellung der Nachberechtigten nicht eintreten könnten (Windscheid-Kipp a. a. O.). Etwas abweichend Buhl[3]), der eine nochmalige Surrogation der Forderung zugunsten der nachstehenden beschränkten Rechte nicht annimmt und ihnen ebenso wie dem Pfandeigentümer einen obligatorischen Herausgabeanspruch gegen den Gläubiger zuteilt.

Die Grundlage dieser Ansicht bildet augenschein-

---

[1]) Motive Bd. III S. 827/8; Crome Bd. III S. 857 Anm. 91. — [2]) Windscheid-Kipp Bd. I S. 1209 b α; Planck, Bem. 1 b zu 1238; Gierke Bd. II S. 989 Anm. 93; Crome Bd. III S. 860 Anm. 131. — [3]) S. 117.

lich die römisch-rechtliche Auffassung, wonach die Befriedigung des Pfandgläubigers durch Aufrechnung der Pfandforderung gegen die actio pigneraticia directa erfolgt. Man geht dabei von der Voraussetzung aus, daß der Gläubiger durch den fingierten Empfang des Kaufpreises fingierterweise Eigentum an den Geldstücken erlangt habe: soweit der Erlös dem Gläubiger gebühre, sei er befriedigt, hinsichtlich des Überschusses habe der Pfandeigentümer eine persönliche Forderung. Dem gegenüber ist zu betonen, daß das B.G.B. im Gegensatz zum römischen Recht einen allgemeinen Eigentumserwerb des Gläubigers am Erlös nicht kennt, sondern derselbe nach § 1247 nur in Höhe des ihm gebührenden Betrages stattfindet. Deshalb kann auch im Falle der Fiktion des Kaufpreises nicht ein allgemeiner Eigentumserwerb des Gläubigers an den fingierten Geldstücken angenommen werden, sondern es ist auch hier die Teilung zwischen Pfandgläubiger und Pfandeigentümer auf der Grundlage des § 1247 zu fingieren, was bereits oben näher begründet wurde. Wird dies zugegeben, so ist die Möglichkeit, daß der Gläubiger an der fingierten Hyperocha Eigentum erwirbt, nur dann gegeben, wenn man einerseits die Fiktion des Empfangs des Kaufpreises fortsetzt und Vermischung des Erlöses mit dem eigenen Gelde des Gläubigers annimmt, und andererseits dieser Vermischung unter der Veraussetzung des § 947, II nach § 948 die Wirkung, dem Gläubiger Alleineigentum zu verschaffen, beilegt. Nimmt man mit der herrschenden Meinung diese Bedeutung des § 947, II nicht an, oder ist die Voraussetzung des § 947, II: das Verhältnis von Haupt- und Nebensache im Werte der vermischt gedachten Geldsummen nicht gegeben, so

ist kein Weg ersichtlich, wie man von der Basis der fingierten Empfangnahme des Erlöses aus eine persönliche Forderung des Pfandeigentümers gegen den Gläubiger konstruieren wollte, wenn man nicht zugleich mit der gesetzlichen Fiktion der Barzahlung die Fiktion einer damit keineswegs im Zusammenhang stehenden Rechtsfolge verbinden will. Dadurch wäre aber die Unbrauchbarkeit der Fassung §§ 1238, 1239 erklärt. Wegen dieses Ergebnisses scheint es notwendig, die Rechtsstellung des Pfandeigentümers in Hinsicht auf den Überschuß des Kaufpreises anders zu gestalten.

Und es scheint, daß für diejenige Meinung, die durch eine Vermischung fremder Geldstücke in allen Fällen nur Miteigentum der früheren Alleineigentümer entstehen läßt, sich für die Konstruktion der Ansprüche des Pfandeigentümers auf den Überschuß eine befriedigendere Lösung bietet. Erweitert man nämlich die Fiktion der Empfangnahme des Barerlöses dahin, daß man auch eine Vermischung desselben mit dem eigenen Gelde des Gläubigers annimmt, so ist die Folge, daß das Miteigentum, welches der Pfandeigentümer auf Grund des § 1247 an dem fingierten Erlös in Höhe des Überschusses hat, zu einem Miteigentum an dem Barbestand des Gläubigers wird. Die Stellung der nachstehenden dinglichen Rechte bietet keine Schwierigkeit; sie ist die gleiche wie im Falle der wirklichen Barzahlung: der Miteigentumsanteil des Pfandeigentümers am Geldbestand des Pfandgläubigers ist mit den nachstehenden Rechten belastet, ebenso wie auch daran das Pfandrecht des betreibenden Gläubiger eventuell noch fort besteht. Dadurch ist dem oben angeführten Zweck der Fiktion in weitestem

Umfang Genüge geleistet, indem sich für diese Lösung die rechtlichen Befugnisse des Pfandeigentümers und der nachstehenden beschränkt Berechtigten ganz gleich wie in dem vom Gesetz bei der Fiktion angenommen „Normtatbestand“ [1]) gestalten; besonders ist auch den am Pfande Drittberechtigten, ohne deren Erlaubnis der Kreditverkauf zustande kam, die dingliche Sicherheit ihrer Ansprüche gewährleistet.

Freilich muß auch zur Gewinnung dieses Resultates die vom Gesetz ausgesprochene Fiktion erweitert werden. Dies kann aber nicht als Gegengrund angeführt werden, denn erstens handelt es sich hierbei nur um Ergänzung einer Tatsache, nicht eines Rechtszustandes, und zweitens ist diese Ergänzung nur die typische Weiterführung der vom Gesetz fingierten Tatsache. In den weitaus meisten Fällen wird man die Vermischung des barbezahlten Erlöses mit dem Gelde des Gläubigers als Regel betrachten dürfen. Als ein Mangel dieser Konstruktion könnte es angesehen werden, daß sie voraussetzt, daß der verkaufende Gläubiger zur Zeit des Pfandverkaufes einen der Hyperocha gleichen Barbetrag besitze, an welchem der Pfandeigentümer auf Grund der Fiktion Eigentum erwerben kann. Doch dürfte dieser Einwand nicht durchschlagend sein, da nichts entgegensteht, den Gläubiger, der beim Eintritt der Fiktion entweder keinen Barbetrag besitzt, oder dessen Barbestand die Hyperocha nicht erreicht, insoweit analog demjenigen Gläubiger zu behandeln, der über die Hyperocha als Nichtberechtigter verfügt hat: Er ist dem Pfandeigentümer und den nachstehenden beschränkt Berechtigten

---

[1]) Oben Anm. 2 S. 67.

nach den Grundsätzen der §§ 816ff. über die ungerechtfertigte Bereicherung zur Herausgabe verpflichtet.

b) Ist der Eigentümer der Pfandkäufer, so bestimmt § 1239, II, 1, daß sein Gebot zurückgewiesen werden darf, wenn nicht der gebotene Kaufpreis bar erlegt wird.

Entsprechend dem Zwecke dieser Vorschrift, das Interesse des Gläubigers zu schützen[1]), wird man mit Biermann[2]) annehmen dürfen, daß nur dem ausbietendem Gläubiger und nicht auch den am Überschuß Berechtigten die Befugnis, das Gebot des Eigentümers zurückzuweisen, zusteht. Macht der Gläubiger davon keinen Gebrauch, und kommt der Verkauf mangels einer der in § 1238 genannten Voraussetzungen wirksam zustande, so gilt der Kaufpreis als vom Gläubiger empfangen. Sein Pfandanspruch ist erloschen, gegen den kaufenden Eigentümer steht ihm die obligatorische Forderung aus dem Pfandverkauf zu gemäß § 1238, II, 1 Halbsatz 2, und zwar nur in der Höhe seiner bisher pfandgesicherten Forderung. Denn auf grund der Fiktion des § 1239, I, 2 gilt zunächst der ganze Erlös als vom Gläubiger empfangen, in Höhe des Überschusses entsteht nach den obigen Ausführungen für den Pfandeigentümer Miteigentum am Barbestand des Gläubigers, welches dieser einseitig durch Aussonderung der Hyperocha aufheben kann. Auf Grund des Kaufvertrages ist der Pfandgläubiger berechtigt vom Pfandeigentümer den ganzen Kaufpreis, einschließlich des Mehrbetrages zu fordern. Da der Anspruch des Pfandeigentümers auf Herausgabe der Hyperocha ein dinglicher ist, während der Anspruch des Gläubigers auf Zahlung des Mehr-

---

[1]) Planck, Bem. 2 (2. Absatz) zu 1239. — [2]) Bem. 2 zu 1239.

betrages des Kaufpreises eine persönliche Forderung darstellt, so ist eine stillschweigende Aufrechnung nicht möglich. Da die beiden Ansprüche aber auf Zahlung des gleichen Geldbetrages gehen, so wird man für den persönlichen Anspruch des Pfandgläubigers einen Erlaß, und für den dinglichen Anspruch des Pfandeigentümers einen Verzicht als stillschweigend von den Parteien vereinbart annehmen dürfen.

Aus dieser Konstruktion ergibt sich auch die Stellung, welche den übrigen beschränkt Berechtigten zukommt. Sie verlieren ohne Rücksicht darauf, daß der Eigentümer Ersteher ist, ihre dinglichen Rechte an der Pfandsache[1]) und erlangen dafür dieselben Befugnisse, wie wenn der Kreditverkauf gegenüber einem Dritten vorgenommen worden wäre: Auf Grund der Fiktion des § 1239, I, 2 haben sie ein Pfandrecht bezw. einen Nießbrauch an dem Miteigentumsanteil, welcher für den Pfandeigentümer am Barbestand des Gläubigers entstanden ist und können nach Aufhebung des Miteigentums vom Gläubiger die Herausgabe der Hyperocha fordern, so auch im Ergebnis Buhl[2]). Wenn diese Herausgabepflicht für den Gläubiger besteht, kann die oben erwähnte Aufhebung der beiderseitigen Ansprüche nicht als stillschweigend von den Parteien gewollt angenommen werden und der Pfandeigentümer bleibt aus dem Kaufvertrag zur Zahlung des ganzen Kaufpreises verpflichtet, ebenso wie das Miteigentum des Pfandeigentümers am Barbestand des Gläubigers weiterbesteht.

---

[1]) Staudinger, Bem. 2 zu 1242; Planck, Bem. 3 zu 1242; Biermann, Bem. 2 zu 1242. — [2]) S. 117 b.

§ 11.

V. Entstehung der Hyperocha.

1. Die Frage nach dem Zeitpunkt, in welchem ein Überschuß aus dem Pfanderlös zustande kommt, ist gleichbedeutend mit der Frage nach dem Eintritt der durch § 1247 bedingten Rechtswirkungen.

Angesichts der Verschiedenartigkeit der Gegenstände, welche als Erlös im Sinne des § 1247 nach den obigen Ausführungen in Betracht kommen können, scheint es nicht möglich, den Zeitpunkt, in welchem eine Hyperocha zustande kommt, für alle Fälle einheitlich festzusetzen.

a) Fallen der Abschluß des Kaufvertrages und die Veräußerung des Pfandsache zeitlich zusammen, so ist damit auch der Eintritt der Wirksamkeit des § 1247 bestimmt, ohne daß es einen Unterschied macht, ob der Erlös in den sofort bargezahlten Geldstücken, oder in der nach §§ 1245/6 kreditierten Kaufpreisforderung besteht oder infolge der Vorschriften des §§ 1238/9 fingiert wird.

b) Schwierigkeiten ergeben sich aber, wenn der Abschluß des obligatorischen und des dinglichen Vertrages zeitlich auseinander fallen. Denn in diesem Falle bestehen während der Zwischenzeit einerseits noch die am Pfand haftenden dinglichen Rechte, da erst der Eigentumsübergang nach § 1242 ihr Erlöschen bewirkt, andererseits aber hat der Gläubiger den durch den Pfandverkauf gelösten Vermögensgegenstand, die Kaufpreisforderung oder eventuell auch die zu deren Tilgung gezahlten Geldstücke, schon erhalten.

Hat der Gläubiger den Verkauf abgeschlossen, ohne dessen Wirksamkeit von der Bedingung der

Barzahlung abhängig zu machen oder macht er von diesem Vorbehalt vor Schluß des Versteigerungstermins keinen Gebrauch, so nimmt die herrschende Meinung wohl mit Recht an, daß sich die Fiktion der Barzahlung des § 1238 erst an die dingliche Veräußerung des Pfandes anknüpft, also bei öffentlicher Versteigerung an die dem Zuschlag folgende Besitzübergabe. Maßgebend ist hierfür die Erwägung, daß erst in diesem Zeitpunkt die Rechte der übrigen Berechtigten gemäß § 1242 erlöschen und es deshalb auch gerechtfertigt erscheint, die Haftungsverpflichtung, welche die Fiktion der Barzahlung für den Gläubiger in sich schließt, erst in diesem Zeitpunkt beginnen zu lassen. Der Gläubiger soll dadurch Gelegenheit erhalten, sich der Haftung noch nachträglich durch Unterlassung der Eigentumsübertragung zu entziehen. Ist die Veräußerung aber einmal vorgenommen, so ist die Fiktion der Barzahlung eine endgültige, und deren nachträglicher Vollzug steht nicht mehr unter der Vorschrift des § 1247 [1]).

Wird der Kaufpreis bei oder nach Abschluß des Kaufvertrages, aber vor der Veräußerung des Pfandes bezahlt, so kann derselbe, da die dinglichen Rechtsverhältnisse an der Pfandsache noch keine Veränderung erlitten haben, nicht als Erlös im eigentlichen Sinne des Wortes bezeichnet werden. Aber trotzdem wird man aus praktischen Gründen gezwungen sein, auf ihn in Rücksicht auf die nachfolgende Veräußerung schon vom Zeitpunkt der Auszahlung an den Gläubiger die Bestimmungen des § 1247 in Anwendung zu

---

[1]) Windscheid-Kipp Bd. I S. 1209, 1210, 8 b β; Planck, Bem. 2 zu 1238.

bringen. Die Geldstücke fallen dem Pfandgläubiger zu, soweit sie ihm gebühren, insoweit wird auch seine Forderung getilgt und erlischt sein Pfandrecht. Der übrige Teil des Erlöses gilt zugunsten der Drittberechtigten als Surrogat des Pfandes, trotzdem deren Rechte an der unveräußerten Sache noch nicht erloschen sind. Da aber die Wirkungen des § 1247 nur im Hinblick auf die nachfolgende Veräußerung eingetreten sind, wird man sie bis zu deren Vornahme als auflösend bedingt betrachten müssen, und zwar mit rückwirkender Kraft. In dem Zeitpunkt, in welchem der Nichteintritt der Veräußerung feststeht, sind die Parteien nach § 159 verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Nichteintritt von Anfang an festgestanden hätte. Der bezahlte Kaufpreis wäre nicht als Erlös nach § 1247 betrachtet worden und deshalb in das Alleineigentum des Gläubigers gefallen; dessen Befriedigung wäre dadurch aber nicht erfolgt, da dieselbe sich nur auf der Grundlage des § 1247 vollzieht, was aber erst später (§ 12, 2) begründet werden soll. Daher hat der Pfandeigentümer dem betreibenden Pfandgläubiger das erloschene Pfandrecht neu zu bestellen und ihm den Betrag der Hyperocha zurückzuerstatten, während der Pfandkäufer die Ansprüche aus dem nichterfüllten Kaufvertrag erhält. Schwierigkeiten scheinen sich aus dieser Regelung nicht zu ergeben, da der Gläubiger und der Käufer, welche allein an der Aufhebung des bedingten Rechtszustandes Interesse haben werden, dieselben herbeiführen können, dieser durch Geltendmachung seiner Rechte aus § 326, jener durch die Übereignung. Wollte man aber den § 1247 erst nach der Veräußerung in Wirksamkeit treten lassen, so erlangt der Gläubiger

notwendigerweise an den vorher gezahlten Geldstücken Alleineigentum, der Pfandeigentümer nach der Veräußerung eine persönliche Forderung wegen des Mehrbetrages, die beschränkt Berechtigten eventuell durch eine analoge Surrogation an dieser ein Pfandrecht oder einen Nießbrauch. Damit wäre aber wohl praktisch für die Mehrzahl der Fälle die sachenrechtliche Behandlung der Hyperocha vereitelt.

Wird der Kaufpreis unter den Voraussetzungen der §§ 1245, 1246 gestundet, so daß also die Forderung als Erlös gilt, und soll hier die Veräußerung erst nach Abschluß des Kaufvertrages erfolgen, so wird die Frage nach der Entstehung der Hyperocha wohl auch am besten in dem Sinne entschieden, daß der Abschluß des Kaufvertrages maßgebend sein soll.

2. Für den Eintritt der Rechtswirkungen des § 1247 ist es nicht notwendig, daß den Beteiligten die Höhe des dem Gläubiger zufallenden Betrages bekannt ist. Der Rechtserwerb aus § 1247 vollzieht sich von Gesetzes wegen unabhängig vom Willen der Parteien und ist insofern mit dem Erbschaftserwerb vergleichbar.

3. Ein Verzicht des Pfandeigentümers auf die aus § 1247 für ihn entspringenden Rechte kann in Analogie zu § 1229 vor Eintritt der Verkaufsberechtigung nicht erklärt werden, da er inhaltlich der lex commissoria gleichkäme.

§ 12.

VI. Geltungsbereich des § 1247.

1. Der Zusammenhang, in welchem § 1247 vom Gesetze angeführt wird, begründet seine Anwendbarkeit

zunächst für das vertragsmäßig bestellte Pfandrecht an Sachen. Durch die allgemeine Bestimmung des § 1257 ist der Grundsatz der Surrogation des Erlöses auch auf das kraft Gesetzes entstandene Sachpfandrecht ausgedehnt.

Streitig ist dagegen die Geltung des § 1247 für das vertragsmäßig bestellte und das gesetzliche Pfandrecht an Rechten und ebenso für das Pfändungspfandrecht an Sachen und Rechten. Gemäß § 1273, II finden die Vorschriften über das Sachpfandrecht auch für das Pfandrecht an Rechten entsprechende Anwendung, soweit sich aus den §§ 1274—1296 nicht etwas anders ergibt. Nach der Regel des § 1277 kann der Pfandgläubiger seine Befriedigung aus dem verpfändeten Rechte nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen. Eine Abweichung von dieser Regel erfolgt, abgesehen von den Sonderbestimmungen des § 1282 über das Recht zur Einziehung einer verpfändeten Forderung, nur auf Grund einer besonderen Vereinbarung und nach § 1293 für Pfandrechte an Inhaberpapieren, auf welche die Vorschriften für das Mobiliarpfandrecht angewendet werden sollen. Das gleiche gilt nach § 1295 zum Teil auch für Pfandrechte an indossablen Papieren.

Nach Planck[1]) ist § 1247 auf den Erlös aus dem Verkauf eines verpfändeten Rechtes nur in den beiden Fällen der §§ 1293, 1295, wo das Gesetz den Privatverkauf ausnahmsweise gestattet, anwendbar, da § 1277 die Befriedigung des Gläubigers nach den Regeln der

---

[1]) Bem. 2 p zu § 1273; ebenso Turnau-Förster Bd. I Bem. 3 zu 1273; und Oertmann, Kommentar Bem. 1 a am Ende zu § 816.

Zivilprozeßordnung geregelt wissen wolle. Dabei geht also Planck anscheinend von der Voraussetzung aus, daß § 1247 für das Pfändungspfandrecht an sich ausgeschlossen ist. Dagegen erkennen Biermann[1]) und Staudinger[2]) die Geltung des § 1247 für das Pfandrecht an Rechten und deshalb wohl auch für das Pfändungspfandrecht an. Zum gleichen Ergebnis führt auch der Grundsatz Endemanns[3]) und Neumanns[4]). Für das Pfändungspfandrecht insbesondere ist die Geltung des § 1247 ausgesprochen bei Endemann[5]) und Wolff[6]), ebenso Oberlandesgericht Braunschweig[7]) in der Entscheidung vom 18. Mai 1906.

Diese letztere Gruppe von Ansichten scheint gegenüber der von Planck vertretenen die richtige zu sein; denn man muß mangels einer gesetzlichen Bestimmung, welche die Anwendbarkeit des § 1247 für das Pfändungspfandrecht oder das Pfandrecht an Rechten ausschließt, annehmen, daß es kaum in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat, die Rechtsverhältnisse am Erlös aus dem Pfändungspfandrecht bezw. Pfandrecht an Rechten in grundsätzlich anderer Weise zu regeln als am Erlös aus dem Vertragspfandrecht. Wollte man dort die Surrogation des § 1247 nicht gelten lassen, so würde der Gläubiger am ganzen Erlös Eigentum erwerben und die Rechte der übrigen am Pfande dinglich Berechtigten sich in gleicher Weise wie im römisch-gemeinen Rechte gestalten. In Anbetracht dieser Konsequenz wird man eine solche in den Grundlagen verschiedene Behandlung des Pfän-

[1]) Bem. 2 b zu 1273. — [2]) Bem. 2 zu 1273. — [3]) Bd. II, 1 S. 940, 2. — [4]) Bem. 4 a zu 1273. — [5]) Bd. II, 1 S. 950 Anm. 6 und S. 951 Anm. 13. — [6]) S. 76 ff. — [7]) Das Recht, 10. Jahrg., S 687 Nr. 1639.

dungspfandrechts und Pfandrechts an Rechten kaum als im Sinne des Gesetzes liegend betrachten dürfen, um so mehr als die rechtspolitischen Erwägungen, auf welche sich die Vorschrift des § 1247 gründete, in gleicher Weise auch für diese Pfandrechtsarten gelten.

Insbesondere kann die Vorschrift des § 819 Z.P.O., wonach die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher den Eigentumserwerb und die Befriedigung des Pfandgläubigers zur Folge hat, die Anwendung des § 1247 nicht ausschließen. Vor Einführung des B.G.B. mag diese Bestimmung, welche bereits der alten Z.P.O. angehörte, auch den materiellen Rechtssatz enthalten haben, daß der Gläubiger an dem ganzen Erlös Eigentum erwerben sollte, so Reichsgericht Band XIII, S. 182[1]). Es würde damit jedenfalls für das gemeine Recht keine Neuerung festgesetzt worden sein. Neben den Bestimmungen des B.G.B. kann der § 819 Z.P.O. nur den Zweck haben, „der prozessualen Komplikation gerecht zu werden, welche daraus entsteht, daß sich zwischen den betreibenden Gläubiger und den Ersteher ein zur Empfangnahme von Zahlungen befugtes staatliches Organ einschiebt“[2]), während für die sachenrechtliche Bedeutung der Zahlung an den Gerichtsvollzieher der § 1247, als „genauere“[3]) Ergänzung des § 819 Z.P.O. maßgebend ist. Im entgegengesetztem Sinne faßt Oertmann[4]) das Verhältnis des § 819 Z.P.O. zu § 1247 B.G.B. auf, indem er den ersteren als lex specialis für die Pfändungsfälle bei entstehendem Widerspruch dem § 1247 vorgehen läßt. In Anbetracht des grundsätzlichen Charakters

[1]) Zitiert bei Oertmann, Arch. f. zivil. Pr. Bd. 96 S. 8 u. 42. — [2]) Wolff S. 77, 78. — [3]) Endemann Bd. II, 1 S. 950 Anm. 6. — [4]) Komm. Bem. 1 a am Ende zu 816.

des § 1247 kann man aber aus den oben angeführten Gründen dieser Meinung wohl nicht beitreten [1]).

2. Von großer praktischer Bedeutung ist die Frage, ob der Surrogationsgrundsatz des § 1247 auch dann Anwendung findet, wenn das geltend gemachte Pfandrecht in Wirklichkeit nicht besteht, sei es z. B., daß beim Vertragspfandrecht dem Pfandvertrag Mängel anhaften oder, daß beim Pfändungspfandrecht [2]) die gepfändete Sache nicht zum Vermögen des Schuldners gehört. Von der herrschenden Meinung wird die genannte Frage durchweg in bejahendem Sinne entschieden, so zwar, daß teilweise auch das Gebühren zugunsten des Gläubigers bejaht [3]), teilwese verneint wird [4]). Zur

---

[1]) Übrigens enthält § 819 C.P.O. auch wohl nach Oertmann keinen sachenrechtlichen Grundsatz, da er dies für den analogen § 815, III (Pfändung von Geld) ablehnt. — [2]) In einer Schrift, die erst nach Approbation der vorliegenden Abhandlung veröffentlicht wurde, vertritt Wilhelm Müller entgegen der herrschenden Meinung die Ansicht, daß auch bei Pfändung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache für den Gläubiger ein wirksames Pfandrecht entstehe, dessen Nichtigkeit nur durch die Interventionsklage des § 771 herbeigeführt werden könne. Auf eine kritische Würdigung dieses Satzes muß hier in Rücksicht auf den beschränkten Raum verzichtet werden, und es scheint eine solche für die vorliegende Abhandlung auch nicht unumgänglich notwendig zu sein, denn selbst wenn man der Ansicht Müllers zustimmen wollte, so würden die folgenden Ausführungen ihre Voraussetzung nicht verlieren, da die Zugehörigkeit einer gepfändeten Sache zu einem fremden Vermögen nur einen der Gründe darstellt, um derentwillen die Unwirksamkeit eines Pfandrechts angenommen wird. — [3]) So Leonhard, Arch. f. bürg. Recht XXI S. 214 ff. — [4]) So Wolff S. 79; Staudinger, Bem. 1 b zu 1247; Planck, Bem. 1 zu 1247; Biermann, Bem. 5 zu 1247; Enneccerus-Lehmann Bd. II S. 357/8, 1; Oberlandesgericht Braunschweig, Entscheidung vom 18. Mai 06; Gierke Bd. II S. 991 bei Anm. 98.

Begründung der Anwendbarkeit des § 1247 auf die Fälle des bloßen Scheinpfandes wird einerseits der Wortlaut des § 1247, andererseits die Analogie und ferner insbesondere das befriedigende Ergebnis angeführt.

a) Planck und Staudinger stützen sich für ihre Ansicht darauf, daß § 1247 nur allgemein vom Erlös aus dem Pfande spreche und dieser Ausdruck auch die Fälle des § 1244 mit umfasse, so daß es besonderer Gründe bedürfe, um die Anwendung des § 1247 auszuschließen. Dagegen ist einzuwenden, daß gerade der Wortlaut des § 1247. „Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger gebührt", die Meinung ausschließt, die in § 1247 ausgesprochenen Rechtsfolgen sollten auch auf den Erlös aus einem Scheinpfand zur Anwendung kommen. Diese Auffassung könnte aus § 1247 nur herausgelesen werden, wenn man das Wort Pfand nicht im objektiven, sondern im subjektiven Sinne liest, und den Ausdruck „Erlös aus dem Pfande" als gleichbedeutend mit Erlös aus dem von den Beteiligten als Pfand betrachteten Gegenstand deutet. Abgesehen davon, daß für diese Lesart noch immer der Gebrauch des Wortes Pfandgläubiger ein bedeutsames Hindernis bilden würde, steht ihr besonders entgegen, daß das Gesetz in § 1244 zur Bezeichnung eines bloßen Scheinpfandes auch eine besondere Ausdrucksweise befolgt und deshalb von der Veräußerung „als Pfand" spricht. Aus diesen Gründen dürfte eine ausdehnende Auslegung des § 1247 ausgeschlossen sein, um so mehr als derselbe eine Ausnahmevorschrift enthält, welche als solche immer restriktiv zu deuten ist.

b) Bedeutsamer scheinen diejenigen Gründe zu sein, mit welchen Biermann und Wolff eine analoge

Anwendung des § 1247 auf den Erlös aus einem Scheinpfand verteidigen. Eine nähere Betrachtung ergibt aber auch hier, daß die Voraussetzung der Analogie: Wesensgleichheit des vom Gesetze geregelten mit dem analog zu behandelnden Tatbestand[1]) im vorliegenden Fall nicht erfüllt ist. Denn der Zweck des § 1247 ist, den Pfanderlös rechtlich zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandeigentümer nach Maßgabe des Pfandanspruches zu teilen. Die Rechtsbeziehungen zwischen den beiden am Pfande nebeneinander Berechtigten sollen hinsichtlich des Erlöses so gestaltet werden, daß die bisher bestehende Konkurrenz des Eigentümers und Pfandgläubigers endgültig aufgelöst wird[1]). Wenn dies aber mangels der Voraussetzungen, von welchen das „Gebühren" des Erlöses abhängt, nicht möglich ist, dann soll durch gänzliche Surrogation desselben das bisherige Nebeneinanderbestehen von Eigentum und Pfandrecht am Erlös unverändert im bisherigen Gleichgewicht erhalten bleiben. Man darf deshalb wohl sagen, die Rivalität zwischen den verschiedenen dinglichen Rechten war der Grund für die Entstehung des § 1247 und bildet die notwendige Voraussetzung für seine Anwendung. Denn er verfolgt lediglich den Zweck[2]), die Rechte der am Pfande dinglich Berechtigten am Erlös, zwar je nach den Umständen verschieden, aber immer in einer dem wirklichen Maß ihrer Befugnisse entsprechenden Weise zu verteilen. Daraus ergibt sich, daß § 1247 keine Anwendung finden kann, wo ein mit dem Eigentum konkurrierender Pfandanspruch überhaupt feht.

---

[1]) Engelmann S. 24 und Endemann Bd. 1 S. 53 ff. — [2]) Vgl. Motive Bd. III S. 833.

Die Anwendung des § 1247 auf den Erlös aus einem Nichtpfand in dem Sinne, daß derselbe in seinem ganzen Umfange zugunsten des Pfandeigentümers surrogiert wird, würde dem § 1247 aber auch eine von seiner normalen Funktion ganz und gar verschiedene Wirksamkeit zuteilen: die Bestimmungen würde zu einer Schutzvorschrift gegenüber dem durch den gutgläubigen Erwerb gemäß § 1244 herbeigeführten Eigentumsverlust werden; besonders wenn man mit Wolff[1]) die notwendige Konsequenz zieht, daß der angebliche Pfandgläubiger sich hinsichtlich des geltend gemachten Pfandrechts nicht in gutem Glauben zu befinden braucht. Daß der Gesetzgeber dem § 1247 nicht diese Bedeutung geben wollte, dafür spricht zunächst, daß der § 1247 seinem ganzen Inhalt nach eine spezifisch pfandrechtliche Bestimmung enthält, während eine Pfandveräußerung, welche nur infolge des guten Glaubens des Erwerbes dinglich wirksam ist, systematisch gar nicht in Lehre vom Pfandrecht, sondern vom Eigentumserwerb gehört[2]). Ferner würde die Surrogation des Erlöses aus einem Nichtpfand in direktem Widerspruch stehen zu der für die typischen Fälle des gutgläubigen Eigentumserwerbes getroffenen Regelung, wonach der Veräußerer immer das Eigentum an dem gezahlten Kaufpreis erwirbt.

c) Zum Schluß noch eine kurze Würdigung der

---

[1]) S. 75. — [2]) So auch Crome Bd. III S. 221; auch Planck, Bem. 3 b zu 1244 bezieht den § 1244 nur auf den gutgläubigen Eigentumserwerb, in dem er die Anwendbarkeit des § 1242 neben § 936 verneint und ein an der Sache bestehendes Pfandrecht bezw. einen nicht allen Pfandrechten vorgehenden Nießbrauch nur dann erlöschen läßt, wenn sie dem gutgläubigen Erwerber nicht bekannt waren.

rechtspolitischen Gründe, welche die herrschende Meinung bei der Bejahung der vorliegenden Frage wohl wesentlich beeinflußt haben mögen; es muß zugegeben werden, daß das durch die Surrogation des gesamten Frlöses erzielte Resultat ein befriedigendes ist. Die Rechte des Eigentümers und der übrigen am Pfande Berechtigten genießen den denkbar besten Schutz, während sie hingegen bei Nichtanwendung des § 1247 endgültig erlöschen. Doch können diese Erwägungen gegenüber den unten a und b angeführten prinzipiellen Gründen nicht als durchschlagend erachtet werden, um so mehr als sich das Gesetz auch in den andern Fällen des gutgläubigen Erwerbes nicht zur Surrogation des Erlöses hat bestimmen lassen.

d) Das Ergebnis wird deshalb sein, daß infolge der Nichtanwendung des § 1247 der angebliche Gläubiger Eigentum an dem gelösten Gelde erwirbt, daß er aber dem Pfandeigentümer nach den Grundsätzen über die Verfügung eines Nichtberechtigten (§§ 816 ff.) zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet ist.

Mit der Ablehnung der Anwendbarkeit des § 1247 auf den Erlös aus dem Nichtpfand ist zugleich verneint, daß der Nichtpfandgläubiger den Erlös außerhalb des § 1247 zur Tilgung seiner vermeintlich pfandgesicherten Forderung verwenden dürfe. Man könnte dies vielleicht aus § 819, Z.P.O. entnehmen, da hiernach die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von seiten des Schuldners gilt. Nach dem oben festgestellten Verhältnis des § 819 Z.P.O. zu § 1247 B.G.B. enthält aber die erstere Bestimmung nur eine Ergänzung der letzteren, indem dadurch die nach § 1247 erfolgte Befriedigung für

die „Pfändungsfälle“ schon an die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher gebunden wird. Die Voraussetzungen, von welchen diese Befriedigung abhängt, bestimmen sich aber lediglich nach § 1247. Wird die Anwendung des letzteren gänzlich verneint, so ist es nicht mehr möglich, den Vollzug der Gläubigerbefriedigung damit zu begründen, daß dem wahren Gläubiger gegenüber die Empfangnahme des Erlöses nach § 819 Z.P.O. als Zahlung seitens des Schuldners wirke[1]). Da dem Gläubiger ein dinglicher Befriedigungsanspruch an der als Pfand verkauften Sache nicht zustand, so ist er durch den Eigentumserwerb am Erlös hinsichtlich seines Forderungsrechtes nicht befriedigt, so daß derselbe in seinem ganzen Umfang als ungerechtfertigte Bereicherung zu betrachten ist[2]). Hält man die Ausdehnung des § 1247 auf das Pfändungspfandrecht für richtig, so entfält auch für die von Oertmann angeführte Begründung, der Erwerb des Gläubigers erhalte dadurch seine iusta causa, daß dieser ihn gutgläubig auf ein zu begründendes oder zu lösendes Kausalverhältnis hin erlange, die Voraussetzung. Die Befriedigung des Pfandgläubigers vollzieht sich nach § 1247 durch den gesetzlichen Eigentumserwerb des Gläubigers am Erlös, und kann durch einen besonderen Willensakt eines der Beteiligten weder gehindert, noch herbeigeführt werden.

---

[1]) So Oertmann, Komm. Bem. 1 a zu 816 unter der erwähnten Voraussetzung, daß § 819 gegenüaer § 1247 lex specialis sei. — [2]) So auch im Ergebnis die herrschende Meinung, vgl. Staudinger Bd. II b Bem. 2 a δ zu 816 und die dort angeführte Literatur.